

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO  
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y GASSET



GUERRA ASIMÉTRICA Y PROPORCIONALIDAD:  
RETOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

TESIS DOCTORAL DE:  
**JOSÉ BERNARDINO ARAUZ CANTÓN**

BAJO LA DIRECCIÓN DE:  
**JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO**

Madrid, 2013



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE  
MADRID



INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN  
ORTEGA Y GASSET

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y  
GASSET

DOCTORADO EN DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES  
INTERNACIONALES

TESIS DOCTORAL

**GUERRA ASIMÉTRICA Y PROPORCIONALIDAD: RETOS PARA  
EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO**

DOCTORANDO

JOSÉ BERNARDINO ARAUZ CANTÓN

DIRECTOR DE LA TESIS

DR. JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO

MADRID, 2013

## Abstract

War has historically been, as a security concept, a fluid notion. This fluidity has given rise to different interpretations concerning its nature. However, the central question to be addressed is, how permanent is the nature of war? There are, at least, three constant elements which underlie that nature. First, war does not mean violence at random but rather organised and systemic violence. Second, war pursues rational political ends and, in this sense, it could lead to structural transformations such as power shifts, loss or gain of territorial control, or the weakening of a state's army. Third, war implies probability or uncertainty. These clausewitzian constant elements, common to all wars, lead to barbarie without any normative constraints. Thus, war does not signify 'chaos' but a 'humanised' conduction of organised violence, governed by a humanitarian legal framework.

Armies, and the rightful use of force, have been structured taking into consideration this normative background. This situation can be traced back first to the barbarie and then to the high intensity conflicts which developed during the renaissance, both events together leading to the construction of the modern state. Indeed, the modern state machinery was born out of the prevailing violence during both historical periods. Therefore, in order to be able to survive, the construction of strong, independent and centralised political units was paramount. The modern state was created after the Peace of Westphalia, in 1648, with the aim of exerting power within its territorial boundaries and, therefore, maintaining domestic and external security. It follows that in order to be able to exert these functions the construction of professionalised armies was also necessary.

The modern state system was consolidated, at the same time, by the parallel development of complex interwoven legal norms. These norms ensured the

establishment of a domestic and international order, which did not allow the state's power to be contested, nor its corresponding monopoly of organised violence. Thus, state sovereignty, and the norm of non-intervention in domestic affairs, became the structural pillars of the international legal order and, as a result, sovereign states were the only legitimate actors of the state system. This systemic configuration resulted in a one-dimensional security system. In this one-dimensional security system, strategic threats were exclusively external, predictable, identifiable and of a military nature. Security arrangements and wars were symmetrical; therefore, they were only possible between equal peers, who shared the same political and legal structure: the states and their regular armies. This situation consolidated the state's monopoly of violence and permitted isolating non-combatants from a concrete battlefield, in compliance with the normative proscriptions of International Humanitarian Law.

However, the international system evolves and systemic shifts occur. The character of war is affected by these systemic shifts. Thus, a poly-dimensional and complex security system emerged with the fall of the Cold War. The scope of the new strategic environment is characterised by uncertainty, unpredictability, the emergence of external non-military threats and non-state actors, all of which challenge the state's mantle of power and the armies' superior material capabilities in amorphous battlefields. The new centre of gravity of this battlefield is the civilian population. Indeed, war has been metamorphosed into a new form: asymmetric warfare. This form of conflict is not between states, as peers, but rather between states and non-state actors which undermines the architecture of the international security system because now the new states' threats come from 'within'.

As in asymmetric warfare there exists an abysmal power disparity between the state and non-state warring parties, which results in the weaker side having to hide itself amongst

the civilian population in order to be able to survive. The use of the civilian population as centre of gravity, and the employment of atypical means and methods of warfare against the stronger side, causes excessive collateral damage. Asymmetric warfare and proportionality are interconnected notions and so, in the context described, the former notion, calls into question the primary function of the noble normative principles of International Humanitarian Law i.e. the limiting of suffering and the protection of the civilian population against the calamities of war.

Consequently, the aim of this thesis is to demonstrate that, in asymmetric war, the warring parties expand the notion of military targets with the deliberate intention of inducing, and exploiting disproportionate collateral damage. This problem necessarily challenges the discernment and implementation of the principle of proportionality and the whole normative apparatus of International Humanitarian Law. Hence, the weaker side clearly exploits the state actor's observance of the humanitarian norms of International Law. Due to the character of asymmetric war, an analysis of the principle of proportionality is essential in relation to its enunciation, as expressed in the legal instruments of International Humanitarian Law. The underlying premise of the hypothesis is that, the principle of proportionality inherently possesses certain pathologies which hinder, pragmatically, its effectiveness within the context of an asymmetric war. The main objective of this doctoral research is therefore to investigate the challenges presented by asymmetric war and the implementation of the principle of proportionality for International Humanitarian Law.

In order to be able to construe and expose the critical arguments this thesis is organised into five chapters. In chapter one, the thesis examines the problematic generic concept of war, upon which the paradigm of classical war is contextualised. On the basis of this analysis this thesis then examines the evolution and dynamic character of classical war.

Parting from this scrutiny, the concept of asymmetric war, as war, is theoretically considered in chapter two. Also, in this second chapter, an enquiry is conducted into the standing of asymmetric war as a new security concept as well as into the methods and means of combat employed in this type of conflict. At the core of the research, in chapter three, the inherent problems of the principle of proportionality are analysed, inquiring into its relevance. Chapter three highlights the fact that this type of conflict challenges the effective application of the principle of proportionality and the whole normative body of International Humanitarian Law. Chapter four is structured around the theoretical perspectives considered in chapter three. It analyses the 'benefits' that excessive collateral damage can bring to the warring parties, from a practical position, as well as the crisis of non-compliance with International Humanitarian Law. The central argument in the fourth chapter is that it is very difficult to carry out an asymmetric war without endangering civilians and causing disproportionate damages when the principle of distinction is abandoned. This argument is explored further in the conclusion of this thesis.

In chapter five, this thesis examines the possible criminalization of excessive collateral damage as a war crime. It is emphasised that this problem conflicts with the fact that the determination of the qualifying elements of war crimes is left to the responsibility of states and, consequently, it is open to question. Concerning non-state actors, this thesis specifically analyses those actors in connection with terrorism. Terrorism is still a crime without a definition in International Law and is not subject to the principle of universal jurisdiction. Therefore, the criminalisation of terrorism under the war crimes umbrella is uncertain. The resulting alternative from this normative vacuum is that acts of terrorism have to be criminalised via the states' domestic legal systems. This thesis highlights the

need for a better and bigger cooperation between states, with the aim of instituting a global agreement regarding the comprehensive convention on terrorism.

This thesis concludes with a summary of the main arguments explored in each chapter, the findings, and goes on to identify and propose research questions which need further analysis. Within this context, it is identified that the notion of symmetry, when referred to the notions of war and state, is the result of the systemic configuration of the westphalian state system. It is concluded that symmetry solely embraces, therefore, a lineal battlefield, the armed forces and the state actor as the only legitimate strategic player in war. The concept of symmetry, then, preserves the dynamic of reciprocity and retaliation and, at the same time, the mutually dependent binary rules of International Humanitarian Law, such as combatant and non-combatant, international armed conflict and non-international armed conflict, etc.

Yet, it is also concluded that the notion of asymmetry, as a manifestation of the character of war, is an anomalous consequence of the systemic shifts occurred in the international system. The individual is the new security referent, and not the state, in the new strategic environment. In essence, the erosion of the dynamic of reciprocity and retaliation has been replaced with a more complex one which challenges the premises on which the normative edifice of International Humanitarian Law has been constructed. Thus, compartmentalisation of the new battlefield, and isolation of civilians from the hostilities, is difficult, if not impossible, and it hinders the armies' capabilities of projecting their power. It is also concluded that the nature of non-state actors exploits the principles of distinction and proportionality by using the 'soft' targets against a superior opponent. Consequently, the notion of civil immunity is obliterated because civilians are placed in the forefront, or terrorised, increasing the number of civilian casualties. In asymmetric warfare, therefore, the goal is not to gain territorial control

using an army, weakening an army's material capabilities or obtaining a fast victory, as expressed in the Hague Conventions. The goal in this type of conflict is to create major destruction and violence, using and controlling civilians as the nerve centre of the vulnerabilities of the stronger side, in order to be able to wear it down. This argument is vital in probing the hypothesis formulated in this thesis.

Indeed, the stated hypothesis of the research is confirmed in the conclusions of this thesis. Thus, it is confirmed that, in asymmetric warfare, the bank of legitimate military targets is rapidly exhausted as a result of the transmutation of the battlefield and the collapse of the principle of distinction. In this intertwined reality, where the epicentre of the battle is yet again the civilian population, one side does not follow 'just' rules of the fight. The binary legal principle of combatants and non-combatants is abandoned, not just because the weaker side corresponds to civilians, but also because it employs other illegal means and methods of attack, such as perfidy. The civilian population fosters the survival and regenerative capabilities of non-state actors. The state actor, faced with this state of affairs, has no other alternative but to expand the notion of military targets, causing disproportionate collateral damages within a complex civilian environment, justifying them under the umbrella of military necessity and, thus, as collateral damage. After all, the principle of proportionality allows the killing of civilians. But, the non-state actor also lacks any possibility of reaching and attacking well protected state legitimate military targets. Accordingly, in order to be able to have the same fighting possibilities, the non-state actor has no other choice but to attack the 'soft' targets, causing high numbers of civilian casualties. As is conclusively observed in this thesis, 'symmetry of asymmetry' is a strong and convincing argument which challenges the implementation of International Humanitarian Law, and proves positively the formulated hypothesis of this research.



In addition, there are other factors which prove this thesis to be positive: attrition which does not allow a fast victory and increases casualties; voluntary human shields which contort the normative architecture of International Humanitarian Law; inherent weaknesses contained in the enunciation of the principle of proportionality, such as its prospective nature, and dissimilitude of the factors to be equated in the proportionality test; problems of limiting geographically the target's perimeter in a diffused battlefield; dissection of legitimate military targets and applying surgical violence.

There are also normative vacuums and disparities in the normative machinery of International Humanitarian Law: is asymmetric warfare, *de jure*, an internal conflict, or an international conflict? Or, is it a hybrid, i.e. one that does not fit into the traditional binary principles established by International Humanitarian Law? Voluntary human shields are, *de jure*, civilians but, *de facto*, observing their behaviour in the battlefield, it is reasonable to ask: what are they really if they are guilty of protecting military targets? The strategic use of the civilian population could lead to accusations of war crimes against the state actor and charges of terrorism against the non-state actor, even though the actions of both, state and non-state actors, are distinctively the same. A high number of casualties are justified as permissible collateral damage, under the principle of proportionality, and, in addition, the state actor receives the status of prisoner of war. However, for the same action, the non-state actor is treated as a terrorist or common criminal. How do these inconsistencies affect compliance with International Humanitarian Law?

Finally, it is argued that, the problem is not so much that International Humanitarian Law is badly equipped in order to deal legally with the challenges presented by asymmetric warfare but rather, the problem is that, the conflicting actors lack the will to comply with humanitarian norms. However, it is contended that the principle of proportionality should be reinforced and that the Geneva Conventions can be effective legal regimes concerning the exposure of atrocities

## Bibliografía de Relevancia

Acosta Estévez, J.B., 'Las Infracciones Graves a los Convenios de Ginebra en el Derecho Penal Español bajo el Principio de Jurisdicción Universal' (2007) 7 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 13-64

Arreguín-Toft, I., 'How the Weak Win Wars: A Theory of Asymmetric Conflict' (2001) 26(1) *International Security*, 93-128

Bassiouni, M.C., 'The Normative Framework on International Criminal Law: Overlaps Gaps, and Ambiguities in Contemporary International Law' in M.C. Bassiouni (Editor.), *International Criminal Law*, New York, Transnational Publishers, Ardsley, 2008

Bassiouni, C., 'Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice' (2001) 42 *Virginia Journal of International Law Association*, 81-162

Benvenisti, E., 'The Legal Battle to Define the Law of Transnational Asymmetric Warfare' (2010) 20 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 339-359

Bothe, M., 'Customary International Humanitarian Law: Some Reflections on the ICRC Study' in T.L.H. McCormack & A.M. McDonland (2005) *Yearbook of International Humanitarian Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 143-178

Cassese, A., 'Terrorism as an International Crime' in A. Bianchi (Editor), *Enforcing International Law and Norms against Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2004

Dinstein, Y., 'Collateral Damage and the Principle of Proportionality' in D. Wippman & M. Evangelista (Editors.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*, New York, Ardsley, 2005

Doménech Omedas, J.L., 'La Protección de la Población Civil Ante el Uso de Determinadas Armas Pequeñas: Minas, Residuos Explosivos y Armas Portátiles y Ligeras' en J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario Ante los Retos de los Conflictos Actuales*, Barcelona, Marcia Pons, 2006

Dörmann, K., 'Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court', (2003) 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 341-407

Fenrick, W., 'Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense' (1997) 7 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 539-569

Gardam, J.G.: 'Necessity and Proportionality in Jus ad Bellum and Jus in Bello, in L. Boisson de Chazournes & P. Sands (Editors), *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999

Gardam, J.G.: 'Proportionality and Force in International Law' (1993) 87(3) *American Journal of International Law*, 391-413

Giles-Carnero, R., 'Terrorists Acts as Threats to International Peace and Security' in P. Antonio Fernández-Sánchez (Editor), *International Legal Dimension of Terrorism*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009

Holland, J., 'Military Objectives and Collateral Damage: Their Relationship and Dynamics' in T. McCormack & A. McDonald, (2004) 7 *Yearbook of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 35-78

- Jorge Urbina, J., *Protección de la Víctimas de los Conflictos Armados*, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000
- Kretzmer, D., 'Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence' (2007) 16(2) *European Journal of International Law*, 171-212
- Lambakis, S., 'Reconsidering Asymmetric Warfare', (2004) 36 *Joint Force Quarterly*, 102-108
- Meltzer, N., *Targeted Killings in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008
- Meron, T., 'International Criminalization of Internal Atrocities', (1995) 89(3) *American Journal of International Law*, 554-577
- Olásolo Alonso, H., *Ataques Contra Personas o Bienes Civiles Desproporcionados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007
- Pueyo Losa, J., 'El Principio de Jurisdicción Universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional' en J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario Ante los Retos de los Conflictos Armados Actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2006
- Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., 'Terrorist Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law', in P.A. Fernández-Sánchez (Editor), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts. In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2005
- Saul, B. 'Definition of "Terrorism" in the UN Security Council: 1985-2004' (2005) 4(1) *Chinese Journal of International Law*, 141-166
- Schmitt, M.N., 'Fault Lines in the Law of Attack' in S. Breau, & A. Jachec-Neale (Editors), *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, 277-307
- Vertrynge, J., *Frente al Imperio: Guerra Asimétrica y Guerra Total*, Madrid, Foca, 2007
- Watkin, K.W., 'Assessing Proportionality: Moral Complexity and Legal Rules', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005

### Dedicatoria

A mi esposa, Christine, que a pesar de no gozar de un estado de salud óptimo, ha sido pilar de continua paciencia, apoyo, motivación y oraciones.

### Agradecimientos

Mi más profundo agradecimiento al Dr. y Catedrático Emérito de la Universidad Complutense de Madrid, José Antonio Pastor Ridruejo, por su paciente e invaluable supervisión de esta tesis. Sin su constante colaboración y consejos esta investigación no hubiese resultado en una tesis doctoral.

## Abreviaturas

Agencia Central de Inteligencia.....	CIA
Comité Internacional de la Cruz Roja.....	CICR
Corte Internacional de Justicia.....	CIJ
Corte Penal Internacional.....	CPI
Derecho Internacional Humanitario.....	DIH
Derecho Penal Internacional.....	DPI
Escudos Humanos Involuntarios.....	EHI
Escudos Humanos Voluntarios.....	EHV
Fuerzas de Defensa Israelí.....	FDI
Human Rights Watch.....	HWR
International Committee of the Red Cross (en inglés).....	ICRC
International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (en inglés).....	ICTY
International Humanitarian Law (en inglés).....	IHL
Israeli Defence Forces (en inglés).....	IDF
Law of International Armed Conflict.....	LOIAC
Protocolo Adicional I.....	PAI
Protocolo Adicional II.....	PAII
Organización del Tratado Atlántico Norte.....	OTAN
Organización para la Conferencia Islámica.....	OCI
Organización para la Liberación Palestina.....	OLP
Organización de las Naciones Unidas.....	ONU
Organization of the Islamic Conference (en inglés).....	OIC
Primera Guerra Mundial.....	IGM
Segunda Guerra Mundial.....	IIGM
Tribunal Criminal Internacional para la Antigua Yugoslavia.....	TCIAY
Tribunal Criminal Internacional para Ruanda.....	TCIR

## CONTENIDO

Resumen en Inglés (Abstract).....	i
Bibliografía de Relevancia.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Reconocimientos.....	iv
Abreviaturas.....	v
Contenido.....	vi

Introducción.....	1-12
-------------------	------

### CAPITULO I

La Guerra: Base sobre la que Descansa la Guerra Asimétrica.....	13-47
1.1 Consideraciones Generales.....	13-15
1.2 Definición General de Guerra.....	15-21
1.3 El Conflicto Armado en el DIH.....	21
1.3.1 Antecedentes de la Definición en el DIH.....	21-25
1.3.2 El Conflicto Armado Internacional.....	25
1.3.2.1 Artículo Común 2 de las Convenciones de Ginebra.....	25-28
1.3.2.2 Artículo 4 del PAI.....	28
1.3.3 El Conflicto Armado de Índole No Internacional.....	29
1.3.2.1 Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra.....	29-30
1.3.3.2 Artículo 1 del PAII.....	30-33
1.3 El Conflicto Armado en la Jurisprudencia del TCIAY.....	33-35
1.4 Elementos Constitutivos y Naturaleza del Conflicto Armado.....	35-44
1.5 La Guerra Tradicional y el Estado.....	44-47

### CAPITULO II

La Guerra Asimétrica: ¿Un Nuevo Concepto de Seguridad?.....	48-88
2.1 Consideraciones Generales.....	48-50
2.2 Concepciones de Guerra Asimétrica.....	50-60
2.3 La Guerra Asimétrica: ¿Un Nuevo Concepto de Seguridad?.....	60-69
2.4 Los Métodos y Medios de la Guerra Asimétrica.....	70
2.4.1 Principios que Restringen los Métodos y Medios de Guerra.....	70-73
2.4.2 Características de Métodos y Medios de la Guerra Asimétrica.....	73-82
2.4.3 El Terrorismo como Guerra Asimétrica.....	82-88

### CAPITULO III

El Principio de Proporcionalidad: ¿Una Norma Humanitaria en Desuso?.....	89-206
3.1 Consideraciones Generales.....	88-94
3.2 Entendiendo el Principio de Proporcionalidad en el Contexto del DIH.....	95
3.2.1 Dualidad en el Principio de Proporcionalidad: Justificando Diferencias.....	95-97

3.2.2	El Principio de Proporcionalidad en el <i>Jus ad Bellum</i> .....	97-101
3.2.3	Orígenes del Principio de Proporcionalidad en el <i>Jus in Bello</i> .....	101-109
3.2.4	El Principio Moderno de Proporcionalidad en el <i>Jus in Bello</i> del Siglo XX.....	109-121
3.2.5	El Principio de Proporcionalidad como Norma Convencional de DIH.....	121-127
3.3	Análisis Legal del Principio de Proporcionalidad en el DIH.....	128
3.3.1	Proporcionalidad en el Estatuto de Roma y el PAI: ¿Dos Versiones Diferentes?.....	128
3.3.2	¿Ataques Proporcionados o Ataques Excesivos?.....	129-131
3.3.3	Determinar lo Indeterminado: Subjetividad en los Elementos a Pesar en la Balanza.....	131-135
3.3.4	La Balanza: ¿Cuál es su Fuente?.....	135-137
3.3.5	El Carácter Jurídico del Principio ¿De Concreción o Prospección?.....	138-141
3.3.6	La Ventaja Militar Concreta y Directa Esperada: ¿De Clara Aplicación?.....	141-147
3.3.7	Si la Proporcionalidad no es una Cuestión de Ciencia Exacta, entonces, ¿Cómo calcular el Daño Colateral Incidental? .....	148-154
3.3.8	El Principio de Proporcionalidad como Norma Consuetudinaria...154-160	
3.4	Correlación entre el Principio de Proporcionalidad y el Principio de Distinción.....	161
3.4.1	El Principio de Distinción: Concepto y Codificación.....	161-162
3.4.2	¿Qué Puede Ser Atacado?.....	163-170
3.4.3	¿Quién Puede Ser Atacado?: Combatientes vs Civiles.....	170-184
3.5	Aplicación del Principio de Proporcionalidad por la Corte Suprema de Israel, en el Caso de los Asesinatos Selectivos.....	184
3.5.1	Asesinatos Selectivos: Aproximación al Concepto.....	184-188
3.5.2	Puntos a Resaltar de la Sentencia.....	189-194
3.5.3	Aplicación del Principio de Proporcionalidad por la Corte en los Asesinatos Selectivos: Análisis.....	195
3.5.3.1	Medios Alternativos No Letales.....	196-199
3.5.3.2	La Proporcionalidad en <i>Stricto Senso</i> .....	199-206

## CAPITULO IV

### Guerra Asimétrica y Proporcionalidad: Explotando el Daño Colateral.....207-298

4.1	Generalidades.....	207-210
4.2	Manipulando la Norma de la Proporcionalidad: Los Escudos Humanos como Explotación del Daño Colateral.....	211
4.2.1	Justificación de los Escudos Humanos.....	211-216
4.2.2	Los Escudos Humanos Voluntarios y Proporcionalidad.....	216
4.2.2.1	Regulación y Proporcionalidad.....	216-221
4.2.2.2	El Estatus de los EHV en el DIH.....	221-233
4.2.2.3	Rellenando el Vacío Normativo .....	233-239
4.2.3	Los EHI y Proporcionalidad.....	239
4.2.3.1	EHI: La Verdadera Víctima de la Inversión de la Proporcionalidad.....	239-250



4.2.3.2	Argumento de Exclusión: Los EHI no entran en la Proporcionalidad.....	250-255
4.2.3.3	Argumento de Sustracción: EHI deben de Descontarse de la Proporcionalidad.....	255-258
4.2.3.4	Argumento de Inclusión: EHI entran en la Ecuación de la Proporcionalidad.....	259-260
4.3	Crisis de Incumplimiento: ¿Patologías del DIH?.....	260
4.3.1	Los Actores Estatales y No Estatales: ¿Daño Intencionado o Daño Colateral?.....	260-268
4.3.2	Combatientes contra Criminales: ¿Reciprocidad en el <i>Jus in Bello</i> ?.....	268-278
4.3.3	Desequilibrios Normativos como Incentivo de Incumplimiento con el DIH.....	278-290
4.3.4	Las Convenciones de Ginebra: ¿El Colapso de la Barrera Normativa?.....	290-298

## CAPITULO V

Daños Colaterales Excesivos como Crimen de Guerra: Un Crimen Universal.....		299-387
5.1	Generalidades.....	299-304
5.2	Daños Colaterales Excesivos como Crimen Internacional.....	304
5.2.1	El Concepto de Crimen Internacional.....	304-310
5.2.2	El Crimen Internacional: Generador del Principio de Jurisdicción Universal.....	311-324
5.3	Daños Colaterales como Crimen de Guerra bajo la Jurisdicción de la CPI.....	324
5.3.1	El Crimen de Guerra: Concepto.....	324-333
5.3.2	Daños Colaterales Excesivos como Crimen de Guerra.....	333
5.3.2.1	La Intención Criminal como Elemento Constitutivo del Crimen de Guerra.....	333-347
5.3.2.2	El Exceso como Elemento Constitutivo del Crimen de Guerra.....	347-353
5.4	Terrorismo: ¿Un Crimen Internacional Sujeto al Principio De Jurisdicción Universal?.....	353
5.4.1	Terrorismo: ¿Un Crimen Universal?.....	353-363
5.4.2	Terrorismo: ¿Consenso Emergente Respecto a una Definición Consuetudinaria?.....	363-375
5.4.3	Un Nuevo Patrón Normativo Emergente: Seguridad sin una Definición de Terrorismo.....	375-387
Conclusiones.....		388-411
Bibliografía.....		412-443

## Introducción

El mantenimiento de la seguridad ha sido una aspiración constante de los Estados. No obstante, la guerra, como antítesis de la seguridad de los Estados, es una amenaza para la estabilidad de esas entidades, al mismo tiempo que, es paradójicamente necesaria para alcanzar esa seguridad y resolver intereses irreconciliables cuando los mecanismos de solución pacífica de las controversias son agotados. La guerra, como concepto de seguridad, ha sido históricamente una noción fluida. Esta fluidez, o evolución estratégica, en lo que concierne a sus formas, ha motivado deferentes interpretaciones que cuestionan la naturaleza de ésta. El asunto al respecto es que, sin importar que la naturaleza de la guerra sea permanente, o no, al menos existen tres elementos constantes, incuestionables e intrincados en esa naturaleza, y que subyacen en el centro de cualquier definición que se defiende de la misma. El primer elemento permanente es que, en la guerra los contendores recurren siempre a la violencia. Sin embargo, no todo tipo de violencia podría denominarse guerra. Para que la violencia sea calificada como guerra tal violencia debe ser sistémica, y alcanzar un alto grado de intensidad y duración, en contraposición a actos hostiles esporádicos que ocurran en el interior de un Estado o, en el caso de una guerra interestatal, por ejemplo, un incidente transfronterizo. La violencia al azar es descalificada como guerra bajo esta posición. En contraste, la guerra, como institución, corresponde a esa dimensión instrumental y militarmente organizada del Estado. Esta cuestión nos lleva al segundo elemento atemporal.

La violencia organizada, como característica constante de la guerra, es ejecutada con el objeto de alcanzar fines políticos. En efecto, la guerra no implica el uso de la fuerza solo por deseo de recurrirse a ella. A pesar de las transformaciones sistémicas que ocurran

dentro de la dinámica evolutiva del sistema internacional, el uso de la violencia organizada, o uso de la fuerza, es ejecutado racionalmente para, por ejemplo, anexarse o liberar un territorio, lograr estabilidad en el sistema internacional, defender la integridad de la soberanía territorial de un Estado, entre otros. Una lucha entre gánsteres, en la que muera un cierto número de individuos, no constituye guerra porque la violencia no es políticamente motivada, ni es de tal magnitud de manera que involucre a un ejército para confrontarla. En este sentido, grupos de individuos que se enfrentan entre sí, dentro de las fronteras geográficas de un Estado, no son entidades políticas involucradas en una conflagración bélica donde mueren posiblemente cientos o miles de personas. La intensidad de la violencia en una guerra debe ser tal que, a diferencia de los actos esporádicos de hostilidad, desencadena transformaciones estructurales como pérdida del control territorial, debilitamiento de las estructuras militares de los Estados, etc.

El argumento anterior nos dirige al tercer elemento triádico atemporal concerniente a la guerra, de carácter clausewitziano: en toda guerra existe la incertidumbre, el peligro y la probabilidad. Estos factores, sin restricción normativa alguna, conllevan a la barbarie. En otras palabras, la guerra no significa ‘caos’, ni la ‘masacre’ que involucra la barbarie. Bajo esta posición, la intensidad de la violencia involucrada en una guerra es ‘humanizada’ por medio de un marco normativo que gobierna su conducta, sea esta entre Estados o entre grupos políticamente motivados y un Estado. En este sentido, las fuerzas militares se estructuran sobre un marco disciplinario en el que el uso deliberado de la fuerza es restringido por la función instrumental del derecho, situación que se remonta a la construcción del Estado Moderno. Carles Tilly, defendió que la guerra hizo al Estado y que el Estado hizo a la guerra. Una mirada profunda a esta premisa y llegamos a la conclusión

de que, tal afirmación aprueba un análisis riguroso de la historia. La maquinaria del Estado moderno emergió de las demandas y peligros existentes de las barbaries fraticidas acaecidas previas al nacimiento del Estado moderno. El Estado moderno emergió durante un periodo histórico específico, el renacimiento, caracterizado por la intensidad de la violencia de conflictos armados sin precedente alguno. En consecuencia, para sobrevivir en ese periodo de violencia irrestricta, fue necesaria la construcción de unidades políticas centralizadas, fuertes e independientes, el Estado moderno, capaces de mantener la seguridad externa, desplazar su poder y asegurar el orden dentro de sus fronteras territoriales, para lo cual se requería la creación de los ejércitos profesionalizados.

La construcción de un sistema horizontal de Estados soberanos fuertes e independientes llegó a asentarse sobre el, asimismo, desarrollo de un entretejido complejo de normas, a partir de la Paz de Westphalia de 1648, con el fin de asegurar un orden interno e internacional que no permitía cuestionamiento al poder del Estado, ni a su correspondiente monopolio de la violencia organizada. En esta naciente sociedad de Estados, la soberanía se constituyó como el pilar estructural del orden legal internacional. Los Estados soberanos nacieron como los únicos actores del sistema internacional, los cuales nominalmente disfrutaban de autoridad suprema y legitimidad dentro de sus fronteras territoriales. El reconocimiento de igualdad formal entre esas entidades, y del consenso como base de las obligaciones internacionales, han sido expresión de la exclusividad del Estado como único actor interactuante del sistema internacional. En otras palabras, dentro de esta complejidad histórica, se cristaliza un sistema de derecho internacional, que de manera exclusiva, confería personalidad jurídica internacional a los Estados. En consecuencia, los arreglos de seguridad, y las guerras desencadenadas, solo eran posibles entre Estados. El patrón

unidimensional de seguridad, resultante de la estructuración del sistema internacional westfaliano, caracterizado por un escenario estratégico de amenazas militares externas e identificables, permitía a los Estados confiabilidad sobre el monopolio de la violencia y de constituirse como entidades viables sustentadoras del orden internacional. Dentro de este contexto, se desarrolla la ya indicada compleja trayectoria normativa, de carácter estado-céntrico, y que comienza a afianzarse en el sistema legal internacional a partir del siglo XVIII. Esta trayectoria normativa, dentro de la cual se traza el entretejido jurídico de los principios constitutivos fundamentales del DIH, recibe su articulación plena con la construcción de las Convenciones (o Convenios) de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977.

El edificio normativo que compone el DIH ha sido levantado sobre la premisa de que, mientras que la guerra no puede ser completamente proscrita, en contraste, sus más horribles consecuencias deben de limitarse. El fin de estos principios humanitarios es establecer estándares mínimos de civilización para las partes involucradas en los conflictos armados. Dentro de este contexto, se circunscriben los principios consuetudinarios de distinción y su consecuente corolario de proporcionalidad. Estos principios, que conforman parte de ese marco evolutivo del DIH, fueron construidos sobre la noción dual de que, dadas las necesidades militares de los contendores, las consecuencias adversas, o el sufrimiento humano, al que la guerra conlleva deben de reducirse al máximo posible, situación que para tal efecto, las partes beligerantes no poseen la libertad plena de recurrir a métodos y medios de guerra ilimitados.

Estos principios, vinculantes para los beligerantes, han moldeado, con más claridad, las guerras simétricas acaecidas en el orden internacional del mundo westfaliano. La naturaleza

predictible del patrón estratégico westfaliano, o estado-céntrico, focalizado en amenazas externas e identificables proveniente de otros Estados, y que requerían de una respuesta puramente militar, permitía a esas entidades desarrollar guerras interestatales en un campo de batalla identificable y lineal. En este campo de batalla, los Estados, a través de sus ejércitos regulares uniformados, desarrollan un conflicto directo que tiene por fin derrotar, o debilitar, a las fuerzas del enemigo. Este escenario permitía, con más facilidad, el aislamiento de la población civil del teatro de la confrontación y, por ende, ajustarse a las disposiciones humanitarias del derecho internacional. Con certeza, este fue el caso hasta el derrumbamiento de la Guerra Fría.

Sin embargo, el acaecimiento de la Guerra Fría, y la consecuente desaparición del patrón unidimensional de seguridad, da paso a otro tipo de realidades estratégicas complejas caracterizadas por falta de predictibilidad, coyunturas que coinciden con las turbulencias generadas por los procesos de la globalización, y los eventos ocurridos el 11 de setiembre de 2001. Estas transformaciones han conllevado a la reconfiguración sistémica del sistema internacional. La guerra asimétrica reaparece y toma cause en el tablero geoestratégico mundial. Con ésta emergen los actores no estatales, los cuales socaban la estructura arquitectónica del sistema de seguridad internacional e interna de los Estados. En consecuencia, el carácter de la guerra cambia. Los nuevos actores cuestionan el monopolio de la fuerza del Estado, retando las capacidades materiales y superiores de los ejércitos regulares, en campos no lineales o atípicos de combate, y que para sobrevivir dependen estratégicamente de la población civil, poniéndola en peligro.

El objeto de la guerra asimétrica es revertir la norma de la proporcionalidad. Ante esta situación, el más fuerte ejecuta ataques desproporcionados para compensar las ventajas

comparativas resultantes de su superioridad tecnológica y de poder. Los daños colaterales excesivos son inducidos por la parte más débil, escudada entre la población civil. Este nuevo ambiente estratégico nutre la sobrevivencia del actor no estatal. También requiere de la prolongación del conflicto para desgastar al oponente más fuerte. Así, los conflictos armados del orden internacional del mundo de la Post-guerra Fría son reconfigurados por el surgimiento de nuevas fisuras, disparidades y disimilitudes abismales entre los contendores, situación que conlleva al uso de medios y métodos de combate atípicos que incluyen entre otros, bombas suicidas humanas, rendición extraterritorial, asesinatos selectivos, captura y decapitación de rehenes, uso de escudos humanos, ataques directos contra civiles e infraestructura civil, terrorismo. En esencia, el objetivo del actor más débil es explotar las vulnerabilidades del oponente más fuerte. Los Estados son cada vez menos retados por homólogos sino que, en contraste, por actores no estatales que siguen diferentes reglas del juego, o ninguna del todo, para alcanzar sus fines. La cuestión es, entonces, cómo llevar a cabo una guerra ‘limpia’, o dentro de las fronteras normativas que impone el DIH. La dinámica de reciprocidad y retaliación es cuestionada porque en la guerra asimétrica el actor no estatal requiere de daños colaterales excesivos para compensar su déficit de poder frente a la superioridad tecnológica del contendor más fuerte, para lo cual transforma a la población civil en el nuevo centro de gravedad estratégico, paradójicamente sujeto de protección del sistema normativo del DIH.

La hipótesis que intentamos demostrar es que, en la guerra asimétrica, por su naturaleza, los contendores expanden la noción de blancos militares, con el objeto de inducir y explotar daños desproporcionados, cuestión que reta el discernimiento e implementación del principio de proporcionalidad, y de todo el DIH. Así, el oponente más débil, en particular,

explota la adherencia del actor estatal a las normas humanitarias que componen el derecho internacional. Debido al carácter de tipo de conflicto, el estudio del principio de proporcionalidad es de suma trascendencia en lo concerniente a su enunciación, como norma humanitaria, contenida en los instrumentos jurídicos del DIH. La premisa subyacente de la hipótesis antes formulada es que el principio de proporcionalidad posee patologías y no es claro en su presente estado, situación que cuestiona pragmáticamente su efectividad dentro del contexto de la guerra asimétrica. Por consiguiente, el objetivo primario de esta tesis doctoral se concentra en investigar los retos que presentan la guerra asimétrica y la implementación del principio de proporcionalidad para el DIH. Así, sometemos a juicio que la norma es objeto de manipulaciones, cuestión que se complica aún más si tomamos en cuenta que la norma permite que se hieran o maten a civiles, al mismo tiempo que la guerra asimétrica tiene por objeto causar efectos desproporcionados. El problema con el que nos enfrentamos es de carácter dual ya implícitamente mencionado: el primero corresponde al reto de cómo discernir e implementar el principio en conflictos asimétricos. Este interrogante es válido si observamos que ataques directos contra la población civil son legitimados como daños colaterales, o justificados bajo la sombrilla de la necesidad militar por el actor estatal, especialmente si el actor no estatal opera y ataca desde ‘adentro’ para protegerse.

En conexión, el segundo problema que enfrentamos es el hecho de que los actores no estatales operan fuera del marco normativo del DIH. Tampoco son realmente susceptibles de ser criminalizados bajo el derecho internacional. Asimismo, estos actores no tienen los incentivos para actuar conforme a las procripciones humanitarias del sistema legal internacional, por ejemplo, no tienen el derecho de ser tratados como combatientes. No



teniendo nada que perder, y mientras observan que los actores estatales obtienen ventajas de las normas humanitarias, pues violaciones flagrantes al DIH es lo normal para los mismos.

Habiendo reconocido que estas cuestiones son de preocupación central para efectos de análisis, nos aventuramos a examinarlos, en el contexto de una revisión sistemática, crítica y profunda de la literatura publicada en las áreas del derecho internacional y de los intensos estudios estratégicos. El enfoque analítico, tomado para tratar con los cuestionamientos que guían esta tesis, parte de exposiciones y análisis crítico de las principales perspectivas doctrinales construidas en ambas disciplinas y, de casos jurisprudenciales relevantes tratados por algunos tribunales internacionales. El objeto de nuestra labor es presentar una perspectiva interdisciplinaria coherente, de manera que nos permita elaborar nuestras propias interpretaciones relativas a la guerra asimétrica como concepto de seguridad, exponer de manera crítica y novedosa los problemas de envergadura que enfrenta el principio de proporcionalidad con relación a su entendimiento e implementación dentro de un teatro bélico asimétrico que socaba las bases normativas del DIH. Asimismo nos proponemos, en la medida de lo posible, determinar el probable procesamiento penal que los contendores puedan recibir como consecuencia de sus violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, de manera específica con relación al crimen de guerra. Sin embargo, debemos de afirmar que, la tarea en mano no fue del todo facilitada no solo por la falta de consenso general entre los especialistas en ambas disciplinas y la naturaleza difusa del material sino que, asimismo, debido a la naturaleza jurídicamente indeterminada de la norma de la proporcionalidad contenida en los instrumentos del DIH. Nuestra aportación

consiste en el análisis unificador subyacente por la idea de que, de manera integral, podemos dilucidar algún tipo de factor que encamine la aclaración del principio de proporcionalidad.

La tesis ha sido organizada en cinco capítulos siguiendo un orden coherente. Así, el capítulo uno parte de la premisa de que no podemos comprender la noción de guerra asimétrica si, primero, no analizamos la definición genérica de la noción de guerra, concepto sobre el que descansa la guerra asimétrica. Para ello, se exponen posiciones doctrinales, y disposiciones normativas, contenidas en los instrumentos legales del DIH. El capítulo se estructura sobre la subsecuente premisa de que, a pesar de que la guerra es antigua, y afianzada simétricamente desde su simiente en el sistema internacional de Estados, emergido a partir de la Paz de Westphalia, la misma es motivo de curiosidad intelectual, por ser dinámica y sujeta a procesos evolutivos que ocurren en el sistema interestatal.

El capítulo dos refleja parte del título de esta tesis y progresivamente explora la controvertida concepción de la guerra asimétrica. Para tal labor, se toma en cuenta la dinámica evolutiva, y cambios sistémicos, que acontecen en el sistema internacional. Después de determinar que, por antítesis de la guerra simétrica, la guerra asimétrica, puede aún denominarse guerra, debido a cambios acontecidos en su carácter, y no a su naturaleza, indicamos que tales permutaciones pueden ser observadas sobre la base de varios factores interconectados: los actores que participan en las hostilidades, la intensidad y prolongación de la violencia políticamente motivada, táctica del desgaste contra el opositor más fuerte, uso de métodos ilegales empleados para prevalecer en la contienda. Posterior al análisis de la trayectoria histórica, el punto crucial aquí es establecer que la guerra asimétrica cambia

la ecuación del combate y del poder porque se recurre al uso de métodos de guerra ilegales bajo el DIH.

Posterior a la indicación de que la guerra asimétrica, por sus características inherentes, tiene por objeto causar daños desproporcionados, en el capítulo tres analizamos directamente la naturaleza indeterminada de la norma de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, ha sido objeto de debates, no solo con relación al contenido de los factores que deben de sopesarse en la ecuación del principio en su presente estado, pero también en lo referente a su implementación durante los conflictos asimétricos. Estas vicisitudes, en conjunción al hecho de que los conflictos asimétricos actuales la ponen bajo presión, al cuestionar su vigencia y relevancia, demandan entendimiento de los retos que la norma nos presenta. La presente tesis tiene su origen en la antinomia de guerra asimétrica y proporcionalidad, factor sobre el cual encontramos la necesidad de deducir algún elemento que de manera conceptual avance la aclaración de la norma.

El capítulo cuatro es estructurado sobre las perspectivas teórico-analíticas del capítulo tres, pero de manera práctica explora la explotación de daños colaterales excesivos por los contendores, y la crisis de incumplimiento con el DIH. El análisis parte de la premisa siguiente: si el contendor más débil se escuda entre la población civil inocente para atacar a su opositor más fuerte, colapsando el principio de distinción, y el más fuerte contrataca a su opositor difuso, pues en esta turbulencia la población civil recibe la carga negativa del más fuerte. En este sentido, argumentamos que es muy difícil liberar una guerra asimétrica sin poner en peligro a la población civil, o incurrir en daños colaterales desproporcionados. Este tipo de conflicto expande los blancos ‘legítimos’ de ataques, sin con ello se alcanza la ventaja militar, y se desacreditan las operaciones militares del opositor. Como consecuencia

de esta dinámica, donde existen pocos blancos militares legítimos de ser alcanzados y atacados, y donde los daños colaterales excesivos son explotados por ambos contendores, la cuestión normativa de trascendencia es interrogarse qué podemos hacer frente a la crisis de incumplimiento con la norma. Mostramos asimismo que, con relación a cargos penales, existe confusión ya que al actor estatal se le imputan cargos de daños colaterales excesivos como crimen de guerra, y al actor no estatal cargos de terrorismo, aún cuando las acciones de ambos actores sean estratégicamente las mismas. Entonces, defendemos que los actores no estatales no tienen motivación para actuar dentro de las proscripciones normativas del sistema legal internacional. Nótese que esta tesis fue terminada al mismo tiempo que un nuevo conflicto emergió, esto es, la intervención humanitaria multilateral en Libia, llevada a cabo bajo mandato de la Resolución 1973, tomada por el Consejo de Seguridad el 17 de marzo de 2011. Este conflicto no es objeto de análisis en esta investigación. No obstante, en la conclusión se incluye una reflexión efímera, como parte de la conclusión, concerniente específicamente al uso de EHI en este conflicto, y tomando en cuenta el marco teórico-normativo explicado en el capítulo IV de esta tesis.

El capítulo cinco se centra sobre dos objetivos. En primer lugar, analizamos la posible imputación de daños colaterales excesivos como crimen universal, formuladas contra el actor estatal, y los consecuentes problemas que un tribunal internacional, como la CPI, posee para probar las violaciones a la norma de la proporcionalidad. Es incuestionable que violaciones a la norma de la proporcionalidad es un crimen de guerra, por tanto un crimen universal bajo el DIP. Sin embargo, mostramos que la vicisitud normativa crucial es la dificultad de demostrar la criminalidad involucrada en el asunto, debido a que se toma como fundamento de prueba la intención que motivan los ataques y la determinación del

elemento del exceso, pruebas en última instancia aportadas y dejadas a valoración de los Estados acusados. El segundo objetivo de este capítulo gira en torno al cuestionamiento del terrorismo como crimen universal. Después de descalificar, a nuestro juicio, al terrorismo como crimen universal y, en consecuencia, no sujeto al principio de jurisdicción universal, el capítulo concluye afirmando que la única vía jurídica alternativa, aún así controvertida, para juzgar a actos de terrorismo, es a través del derecho interno de los Estados, sujetos a tratados de extradición. Defendemos el argumento de que terroristas no son *de jure* combatientes, en consecuencia, no podemos activar la maquinaria legal del DIH para juzgarlos bajo este régimen legal.

La tesis concluye con un resumen de los principales argumentos contenidos en cada capítulo y propone preguntas y recomendaciones que meritan más investigación. Estas propuestas se infieren del hecho de que esta tesis no solo posee un valor de trascendencia investigativo intrínseco y académico inherente sino que, también, desde un punto de vista más práctico, disemina el DIH y sirve de base para estimular el desarrollo de más investigación de temas similares que ameritan análisis de zonas oscuras existentes en ese sistema normativo. Finalmente aclaramos que los temas analizados en esta tesis son relativamente nuevos en español. Así '[the] Second Informal High-Level Expert Meeting on Current Challenges to IHL', Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, y el CICR han reiterado, desde 2004, la necesidad de replicar más investigación sobre el principio de proporcionalidad, bajo los temas, 'Proportionality, precaution in attack, and accountability', 'Widening the definition of a "military objective": consequences for the protection of civilians and civilian objects', 'Conduct of hostilities in asymmetric conflicts: the impossibility to comply with international humanitarian law? etc.

## CAPITULO I

### La Guerra: Base sobre la que Descansa la Guerra Asimétrica

#### 1.1 Consideraciones Generales

Es obvio que muchos consideran frecuentemente a la guerra “as a disease, as a catastrophe, as a crime, in brief, as a form of deviant behaviour”<sup>1</sup> que debe ser erradicado. No obstante, el concepto aún permanece controvertido y misterioso en la literatura actual de la política internacional, y de los intensos estudios estratégicos. Mucho se ha escrito sobre la materia, de ahí que muchos se preguntan si el término, en sí mismo, provoca curiosidad intelectual. Nosotros no asumimos que el concepto es estático y, que por tanto, debemos de prescindir de una indagación exploratoria para iluminar nuestra investigación. Al contrario, el concepto es de suma relevancia para esta tesis; pero debemos indicar que descubrir algo novedoso sobre la guerra, con el objeto de profundizar y expandir el entendimiento del concepto, es un reto difícil de alcanzar. Así, una exploración del término es necesaria especialmente si observamos que Estados, nuevos actores involucrados en conflictos, y nuevas situaciones emergen como resultado en los cambios ambientales acaecidos en el sistema internacional. Si la idea de la guerra y sus diferentes manifestaciones es algo intelectual, y académicamente antiguo, también es el caso de que su valor como concepto de seguridad es todavía relevante.

El análisis de la definición del concepto general de guerra como postura de partida, para después observar su vínculo semántico con la idea de guerra asimétrica, es de trascendencia, porque la guerra, como referente de seguridad del Estado, aún es

---

<sup>1</sup> Kalevi J. Holsti, *Peace and War: Arms Conflicts and International Order 1648-1989* (Cambridge University Press 1991) 12.

considerada como amenaza para la estabilidad interna de esas entidades y para el orden internacional. Su relevancia como concepto de seguridad, y como variable en la ecuación del poder, del moderno sistema internacional aún la mantiene viva; no podemos desprendernos del concepto arbitrariamente si queremos comprender los problemas estratégicos actuales del tablero geopolítico mundial.<sup>2</sup>

Habiendo expresado el aspecto trascendental de la guerra en el sistema internacional, en conexión también sugerimos que, las fuerzas centrífugas que se generan en la dinámica del sistema inducen cambios sistémicos a nivel intraestatal e internacional y, en consecuencia, en las formas de llevar a cabo la guerra. Ahora bien, las transformaciones del sistema internacional conllevan a la revisión de los instrumentos conceptuales, empleados como herramientas, para dar explicación a las nuevas realidades. Así, se podría afirmar que con el nacimiento del Estado moderno, la guerra era llevada simétricamente a cabo de manera exclusiva por esas entidades. Esa dimensión militar estado-céntrica de seguridad que predominaba desde entonces, hasta el mundo de la Guerra Fría, se ha transformado en gran medida resultando en mayor complicación para el sistema mismo y en incrementos de la violencia involucrada en los conflictos actuales. A la luz de esta afirmación, la tesis de Francis Fukuyama de que el siglo XXI debería ser un siglo de paz, debido a que la paz puede ser establecida a través de la cooperación y democracia liberal, bajo la sombra del unipolarismo de los Estados Unidos<sup>3</sup>, es cuestionable, cuando su tesis es confrontada con los acontecimientos históricos acaecidos en el mundo de la Post-guerra Fría. Basta observar

---

<sup>2</sup> Jeremy Black, 'War and the World, 1450-2000' (1999) 63(3) *Journal of Military History* 669, 681.

<sup>3</sup> La tesis central de Fukuyama indica que la historia, como proceso evolutivo, ha conllevado al triunfo y universalización de la democracia liberal sobre cualquier otro sistema político. Sobre esta tesis se desarrolló la teoría de la paz democrática (véase infra nota 17). Para un análisis detallado de la tesis de Fukuyama, véase Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (Free Press 1992).

las atrocidades cometidas durante la guerra de Kosovo, Ruanda, Somalia, el ataque al Centro Mundial de Comercio de Nueva York, Madrid o Londres para concluir que, mientras algunos de los aspectos de la guerra son constantes, las formas de hacer la misma han cambiado, o están cambiando, la violencia se ha incrementado y que, ‘el fin de la historia’, en el siglo XXI, no es en esencia un siglo de paz.

A pesar de los cambios acelerados que caracterizan al sistema internacional actual, la naturaleza de la guerra como tal, no ha cambiado. Ya desde el siglo XIX, Clausewitz defendía que la naturaleza fundamental de la guerra es inmutable y que lo que es mutable son sus formas<sup>4</sup>. Atendiendo a lo expresado con anterioridad, y en directa relación a esta afirmación clausewitziana, podemos indicar, con certeza, que si durante la Guerra Fría la característica distintiva de la guerra era su simetría, en el actual contexto estratégico tal peculiaridad es adjetivada de asimetría. Estos cambios en el paradigma de la guerra demandan que una investigación académica seria comience apropiadamente con un análisis de la definición del concepto genérico de guerra, detectar su naturaleza esencial, para después observar sus formas o manifestaciones. No es posible comprender el concepto de guerra asimétrica sin entender lo que es la guerra en sí misma, ya que el término de guerra asimétrica descansa sobre el de guerra en general.

## 1.2 Definición General del Término Guerra

Existen definiciones numerosas del término guerra. No obstante, muchas son insatisfactorias. Debido a esta problemática, es de trascendencia explorar algunas de las definiciones propuestas para después observar los elementos que las mismas poseen en

---

<sup>4</sup> Véase el Libro Tercero sobre la estrategia en general; Karl Von Clausewitz, *De la Guerra* (Librodot.com tr, 2008) <[http://biblioteca.sivec.espe.edu.ec/upload/de\\_la\\_guerra\\_clausewitz.pdf](http://biblioteca.sivec.espe.edu.ec/upload/de_la_guerra_clausewitz.pdf) edición 2002> accedido el 29 de abril de 2012.



común. La forma de definir el concepto es crucial por cuanto el poder teórico-explicativo del concepto debe de reflejar, de la mejor manera posible, la realidad y con ello evitarse confusiones. El interrogante que nos planteemos simplemente es ¿qué es la guerra?

Para empezar a iluminar el análisis del concepto debemos, de manera lógica, remitirnos a su etimología. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el concepto encuentra su origen en el alemán “werra”, el cual genéricamente se refiere a discordia o pelea. Habiendo establecido el origen del concepto, el diccionario pasa a establecer que la guerra es “desavenencia y rompimiento de la paz entre dos o más potencias” o, aún más claro, “lucha armada entre dos o más naciones”.<sup>5</sup> Continuando con el enfoque lingüístico, The Pocket Oxford Dictionary de la lengua inglesa, igualmente afirma que el término se deriva del germanismo “werra”. Sobre esta base genérica, el diccionario establece que la guerra es un conflicto armado entre Estados, con la suspensión de relaciones ordinarias, y que va acompañado de ataques militares.<sup>6</sup> Para el Webster’s Dictionary la guerra es un estado de conflicto armado, abierto y declarado, entre Estados.<sup>7</sup> Devoto y Oli<sup>8</sup> definen que la guerra es una lucha armada entre Estados, o coaliciones, que tienen por objeto resolver una controversia internacional, más o menos, motivada por conflictos de intereses o ideologías.

Situándonos históricamente en una época más temprana, para los clásicos del derecho internacional, como Grotius, la guerra no era un mero fenómeno, sino que la misma era considerada como parte de la condición humana. De acuerdo con la tradición grotiana, la

---

<sup>5</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (versión virtual) <<http://buscon.rae.es/drae/html/cabecera.htm>> accedido el 29 de abril de 2012.

<sup>6</sup> John B. Sykes, *The Pocket Oxford Dictionary* (Clarendon Press 1978), 1023.

<sup>7</sup> *The Webster’s Online Dictionary* <<http://www.websters-online-dictionary.org>> accedido el 29 de abril de 2012.

<sup>8</sup> Giacomo Devoto & Gian Carlo Oli, *El Diccionario de la Lengua Italiana* (Le Monnier 2005).

guerra implicaba fuerzas contendientes entre aquellos no unificados por un derecho común, cuyo idea era asegurar la paz. Sin embargo, la guerra o la contienda, más que una situación fáctica, era una condición legal de los que contendían por la fuerza enmarcados dentro de circunstancias específicas establecidas por el derecho internacional. Así, en la guerra como condición legal existían derechos, motivaba expectativas referentes a las causas de su empleo, sobre quién y cuándo podía llevarla a cabo, etc. Manteniéndose dentro del marco de la tradición groatiana, Wright sostiene que la guerra “[is] the legal condition which equally permits two or more hostile groups to carry on a conflict by armed force”.<sup>9</sup> Para Pastor Ridruejo la guerra es una “situación de conflicto armado entre dos o más Estados [que] llega en ocasiones a una circunstancia extrema de empleo de la fuerza armada”.<sup>10</sup> Manilowski defiende la idea de que la guerra “[is] armed contest between two independent political units, by means of organized military force, in the pursuit of a tribal or national policy”.<sup>11</sup> Bull considera que la guerra “[is] organized violence carried on by political units against each other”.<sup>12</sup>

La definición clausewitziana de guerra difiere de las anteriores. Clausewitz, observando la realidad empírica de su tiempo, construyó dos definiciones de guerra. La primera definición sostiene que la guerra es la mera continuación de la política por otros medios; en la segunda defiende que la guerra es un acto de violencia que tiene por objeto obligar al oponente a cumplir con nuestra voluntad.<sup>13</sup> Estas dos definiciones, tomadas en su conjunto, conforman

---

<sup>9</sup> Quincy Wright, *A Study of War* (University of Chicago Press 1964) cited in John A. Vazquez, *The War Puzzle* (Cambridge University Press 1993) 30.

<sup>10</sup> José A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Tecnos 2007) 611.

<sup>11</sup> Bronislaw Manilowski, *An Anthropological Analysis of War* (Free Press 1948) cited in Vasquez, *The War Puzzle* (supra nota 9) 25.

<sup>12</sup> Hedley Bull, *The Anarchical Society* (Macmillan 1977) 184.

<sup>13</sup> Clausewitz (supra nota 4) capítulo I sobre la definición del concepto de guerra.

el fenómeno de la guerra en términos clausewitzianos. La guerra es un acto político cuya naturaleza esencial es la violencia y uso coercitivo de la fuerza. Es evidente que para Clausewitz, el elemento preponderante de la guerra es su dimensión instrumental, esto es, la guerra como herramienta del Estado para alcanzar ciertos fines.

Holsti sostiene que la guerra es un combate armado entre Estados, el cual es influenciado por factores culturales e históricos y cuya naturaleza es esencialmente política.<sup>14</sup> De manera similar, Van Creveld afirma que la guerra “[is] purposeful, organized, large-scale violence”.<sup>15</sup> Para Forsyth la guerra es un acto violento que tiene como meta alteraciones en el status socio-político.<sup>16</sup>

Las definiciones continúan y no es nuestra intención exponerlas todas sino, mas bien, basados en las anteriores, expresar la problemática del término. En realidad, no existe un uso preciso o uniforme sobre el concepto de la guerra, ya que la misma no es una mera situación de semántica o de connotaciones. La guerra es un fenómeno complejo difícil de definir. Las definiciones antes expuestas tratan de abarcar esa complejidad, pero, a como reiteramos, no dejan de tener problemas. Veamos algunos de esas vicisitudes. Las definiciones de los diccionarios son demasiado generales. En el caso específico del Webster’s Dictionary, podríamos indicar que, si bien es cierto la definición tiene como referencia la noción de hostilidades armadas, tal definición es cuestionable, bajo los

---

<sup>14</sup> Holsti, *Peace and War: Arms Conflicts and International Order 1648-1989* (supra nota 1) xiii.

<sup>15</sup> Martin Van Creveld, *The Transformation of War* (Free Press 1991) 197.

<sup>16</sup> Michael Forsyth, basándose en Clausewitz, define la guerra como “an act of force by a nation-state, crime organization, terror group, drug cartel, revolutionary group, or coalition of states to compel an enemy to do one’s will, accept a specific ideology, or prevent or allow unfettered criminal activity”; así, “War encompasses insurrection, terrorist acts, and criminal acts. With certain exceptions, such as political demonstrations, random criminal acts, and some assassinations, war is any violent act aimed at producing a change in the socio-political status quo”; véase Forsyth, ‘Finesse: A Short History of War’, (2004) 17(17) *Military Review* <[http://findarticles.com/p/articles/mi\\_m0PBZ/is\\_4\\_84/?tag=content;col1](http://findarticles.com/p/articles/mi_m0PBZ/is_4_84/?tag=content;col1)> accedido el 29 de abril de 2012.

principios establecidos por el DIH, por cuanto los adjetivos ‘abierta y declarado’ son utilizados de manera ambigua para describir a las hostilidades. De momento es de valor anticipar que, dentro del contexto estratégico del mundo de la Post-guerra Fría, esta premisa es difícil de ser aceptada. El surgimiento de los actores no estatales en el teatro geopolítico de la guerra y sus tácticas asimétricas de ataque, van en contra de lo convencional. De hecho, muchas de las guerras actuales no son declaradas.

Realmente Quincy Wright no clarifica las condiciones legales de la guerra que la califican como tal, desde la perspectiva del derecho internacional. La definición de Hedley Bull, es de particular interés, ya que su definición encapsula la naturaleza política de la guerra, caracterizándola al mismo tiempo de violencia organizada, llevada a cabo por unidades políticas que se enfrentan unas contra las otras. Sin embargo, su definición no se extiende para contemplar el umbral mínimo de violencia requerido para denominar a un conflicto armado como guerra.

La idea de guerra de Manilowski tampoco está libre de problemas. La relevancia de esta definición radica en el hecho de que ayuda a clarificar el concepto de guerra, al identificar a los actores, los medios de hacer la guerra, y los fines que se persiguen al recurrirse al uso de la fuerza militar organizada. Los fines, no obstante, son definidos en términos tribales o de la política nacional. El problema de esta definición se encuentra en la ambigüedad de estos dos últimos términos. ¿Cómo se define tribal o la política nacional de un Estado? ¿Son los fines de la guerra definidos en términos tribales, de la política nacional o en términos del interés nacional? Estas preguntas son aceptables si nos enmarcamos dentro de la perspectiva realista de la política internacional, donde el interés nacional prevalece sobre cualquier otra noción y donde consideraciones sobre influencia y expansión del poder

causan la guerra o mantienen la paz. Además, si asumimos en caso extremo que si la teoría de la inhibición a la guerra, o la denominada paz democrática, es correcta,<sup>17</sup> entonces debemos concluir que es ilegítimo considerar a la guerra como instrumento de la política, así como sus fines definidos en términos de la política nacional (independientemente de lo que esto signifique) o del interés nacional. En contraste, el Reino Unido declaró la guerra a Finlandia, ambas democracias, durante la SGM seguido por otros Estados miembros del Commonwealth. Asimismo, India y Pakistán, ambos Estados autodenominados democráticos, sostuvieron la guerra de Kargil en 1999. ¿Son estas excepciones a la teoría de la paz democrática?

En contraste, es claro que, determinados factores políticos internos de los Estados moldean sus conductas, afectando al mismo tiempo la estabilidad del sistema internacional, situación que, a como afirma Pastor Ridruejo, en casos extremos puede conllevar a la guerra.<sup>18</sup> En consecuencia, una vez que una guerra entre Estados se ha desencadenado, producto de intereses en conflicto, los fines de la misma deben ser definidos en términos del interés nacional, sean ellos la seguridad externa, sobrevivencia del Estado, entre otros. Los Estados defienden siempre sus intereses nacionales, los cuales se reflejan en la estructura del sistema internacional de estratificación del poder. A nivel interno, los fines de la guerra también son definidos en términos de intereses, obviamente opuestos, sean éstos la

---

<sup>17</sup> La teoría de la paz democrática indica que la democracia liberal restringe el recurso a la guerra y mantiene la paz entre Estados liberales. Así, la seguridad es el resultado del control que impone las instituciones democráticas, los efectos disuasivos de la opinión pública y las tradiciones culturales basadas en soluciones pacíficas de los conflictos. La ausencia de guerras entre democracias liberales divide el sistema internacional entre una zona de paz liberal y una zona no liberal de guerra, siendo ésta última más propensa entre Estados dictatoriales. En consecuencia, entre más democracias existan, mayor será la zona de paz. Véanse John J. Mearsheimer, 'Back to the Future: Instability in Europe after the Cold War' (1990) 15(1) *International Security* 5-56 <<http://johnmearsheimer.uchicago.edu/pdfs/A0017.pdf>> accedido el 29 de abril de 2012; John M. Owen, 'How Liberalism Produces Democratic Peace' (1994) 19(2) *International Security* 87-125 <<http://www.olivialau.org/ir/archive/owe1.pdf>> accedido el 29 de abril de 2012.

<sup>18</sup> Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (supra nota 10).

seguridad nacional del Estado, la seguridad ciudadana, las luchas por la liberación nacional, entre otros. Los intereses son condicionantes de la lucha por el poder interno que implica la guerra.

Las definiciones antes explicadas sobre la guerra, y sus problemas inherentes, sirven para concluir que, si bien el concepto es impreciso, el elemento común subyacente contenido en ellas es el uso de la violencia, y uso de la fuerza, para resolver intereses irreconciliables. El concepto de guerra es empleado con amplitud, pero no entendido consistentemente por académicos, periodistas, políticos, juristas, y otros provenientes de tradiciones culturales divergentes, profesiones y disciplinas intelectuales.<sup>19</sup> ¿Hacia dónde dirigimos, entonces, para tratar de descifrar las incómodas gradaciones sutiles que típicamente se le atribuyen al término guerra? Debido a que el término guerra es parte del lenguaje del derecho, no podemos prescindirnos de un viaje exploratorio de las fuentes autoritativas del DIH que, como objeto de la implementación de su maquinaria legal internacional, aborda la finalidad de restringir el sufrimiento del ser humano, “víctima de la violencia armada [que] alcanza el nivel de conflicto armado, internacional o no”.<sup>20</sup>

### 1.3 El Conflicto Armado en el DIH

#### 1.3.1 Antecedentes de la Definición de Conflicto Armado en el DIH

El tono con el que se describen las diferentes definiciones de guerra implícitamente encapsula la noción de conflicto armado. Algunos defienden que la noción de guerra describe a una forma de conflicto armado, el cual frecuentemente toma lugar entre Estados.

---

<sup>19</sup> Véase Caroline Thomas, *New States, Sovereignty and Intervention* (Palgrave Macmillan 1985).

<sup>20</sup> Jacques Moreillon, ‘El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos’ en José L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario Ante los Retos de los Conflictos Armados Actuales* (Marcial Pons 2006) 15.

Los que defienden esta perspectiva afirman que el conflicto armado es el uso de la violencia organizada motivada por el fin de alcanzar ciertos objetivos. La implicación de esta posición es que la guerra y el conflicto armado son sinónimos, perspectiva que compartimos. En esencia, ambas categorías conceptuales describen el mismo fenómeno: uso de la fuerza militar, violencia sistemática y de alta intensidad, ejecutada entre Estados o grupos armados en el interior de un Estado. Estos elementos conforman parte, con claridad, de los conflictos armados actuales, que se desencadenan en el sistema de seguridad internacional. Ahora bien, la guerra ha dejado de ser frecuente entre los miembros del sistema horizontal de Estados soberanos, fuertes e independientes, contruidos a partir del Tratado de Westphalia en 1648. En otras palabras, la situación del sistema internacional westfaliano, marcada por conflictos interestatales, y caracterizada por Estados internamente fuertes, debido a su falta de susceptibilidad a peligros de conflictos internos, se ha reducido en el siglo XXI, pero ha sido reemplazada por las realidades históricas acaecidas a partir de 1945 y, muy específicamente con el posterior derrumbamiento del Muro de Berlín, y la finalización de la Guerra Fría. El número de conflictos armados de índole no internacional se ha acelerado, no solo en cuanto a su número, pero también con relación a su intensidad y duración<sup>21</sup>. Estas circunstancias han sido sometidas a la regulación de normas humanitarias,

---

<sup>21</sup> Araceli Mangas Martín, *Conflictos Armados Internos y Derecho Internacional Humanitario* (Ediciones de la Universidad de Salamanca 1999). Smith contabilizó 118 conflictos armados entre 1990 y 1999, de los cuáles solamente diez eran de índole estrictamente internacional; véase Dan Smith, 'Trends and Causes of Armed Conflict' (2001) Research Center for Constructive Conflict Transformation <[http://www.berghofhandbook.net/documents/publications/smith\\_handbook.pdf](http://www.berghofhandbook.net/documents/publications/smith_handbook.pdf)> accedido el 28 de abril de 2012. La fuente de datos del Departamento para La Paz e Investigaciones sobre Conflictos de la Universidad de Uppsala contabilizó a finales del año 2010 21 conflictos de índole no internacional y ninguno internacional; véase la fuente de datos del Departamento en <[http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/program\\_overview/](http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/program_overview/)> accedido el 29 de abril de 2012. También el Barómetro 28 de enero-marzo de 2012 sobre conflictos armados de la Escuela de Cultura de Paz, indica a finales del primer trimestre del año en curso "la cifra total de conflictos armados activos era de 37. La mayoría tenía lugar en Asia (11) y África (13), seguidos de Oriente Medio (7), Europa (5), y América (1)"; véase la Escuela de Cultura de Paz (2012) Barómetro 28,

que buscan restringir la conducta de la partes en un conflicto armado. La construcción legal de estas normas se ha hecho sobre “the dual notion that the adverse effects of war should be alleviated as much as possible (given military necessities), and that the freedom of the parties to resort to methods and means of warfare is not limited”.<sup>22</sup>

Las normas humanitarias tienen un origen y contexto: “nacieron de las luchas contra el poder absoluto de los Estados, constituyendo el marco histórico sobre el cual se asentó la idea de limitación de ese poder absoluto tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra. Sobre esta base se construyó el principio de protección de las personas contra los abusos de los Estados que constituye el principio fundamental del Derecho internacional de los derechos humanos [y del cual] nació el Derecho humanitario, limitativo del uso de la fuerza por ese mismo Estado”.<sup>23</sup> A partir de este entramado, el sistema interestatal llegó a afianzarse en ese conglomerado de normas que, a partir del siglo XVIII, evolucionó para arraigarse, por un lado, en un concepto de orden y seguridad de Estados, que más tarde llegaría a ser parte de la estructura del sistema legal internacional y, por otro, donde la protección de los individuos tomaba su cauce.

La característica resaltante de esa trayectoria normativa del sistema de derecho internacional clásico, que surgió a partir de 1648, y que se extendió hasta mediados del siglo XX, fue normativizar las relaciones interestatales, a través del reconocimiento de la igualdad formal de los Estados, el principio de no intervención en los asuntos internos de

---

<[http://escolapau.uab.cat/index.php?option=com\\_content&view=article&id=473%3Abarometro-no-28&catid=59%3Abarometro-&Itemid=88&lang=es](http://escolapau.uab.cat/index.php?option=com_content&view=article&id=473%3Abarometro-no-28&catid=59%3Abarometro-&Itemid=88&lang=es)> accedido el 29 de abril de 2012.

<sup>22</sup> Yoran Dinstein, *Rules of War*, in Joel Krieger (editor), *The Oxford Companion to Politics of the World* (Oxford University Press 1993) 966.

<sup>23</sup> Sylvia Steiner, ‘Protección Penal Internacional de las Víctimas de la Guerra: Los Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma’ en Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario Ante los Retos de los Conflictos Armados Actuales* (supra nota 20) 38.



esas entidades, y asentar el consentimiento del Estado, como bases de las obligaciones legales internacionales. Estos factores estructurales llegaron a ser los pilares fundamentales de la sociedad internacional de Estados.<sup>24</sup> Violación a estos principios definitivamente conllevaba a la guerra.

El ambiente en que se desarrolló la anterior trayectoria normativa, sin embargo, no fue lineal, sino que, de acuerdo con Krasner, fue desordenado, con peligros y cuestionado por los grupos y actores no estatales<sup>25</sup> emergentes en el teatro internacional, como consecuencia de los procesos de descolonización y el desarrollo de los derechos humanos, después de la IIGM. Estos actores, antes deslegitimados, y que los Estados luchan por controlar,<sup>26</sup> ante las nuevas realidades imperantes, ahora cuestionan el poder efectivo del Estado, sus fronteras territoriales, reclaman y ejercen derechos, que incluyen el derecho a la autodeterminación, recurren a la coerción, a la violencia o la fuerza desmilitarizada con el fin de establecer control efectivo sobre áreas territoriales que reclaman como propias para efectos de reconocimiento internacional. Los conflictos internos se multiplican, y con ello, se construyen normas de DIH que, aunque no pretenden eliminar a la guerra por completo, si buscan restringir la conducta de la partes en un conflicto armado, sea este internacional o intraestatal, para proteger la vida de los que no participan, o han dejado de participar en las hostilidades armadas. Estas normas, están contenidas en “los tratados de DIH a los que se alude habitualmente [esto es] las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977, aunque también comprende otro conjunto de instrumentos

---

<sup>24</sup> Para un análisis más detallado véase James Crawford & Susan Marks, ‘The Global Democracy Deficit: An Essay on International Law and Its Limits’ in Daniele Archibugi, *et.al.* (Editors), *Re-Imagining Political Community: Studies in Cosmopolitan Democracy* (Polity Press 1998).

<sup>25</sup> Stephen D. Krasner, ‘Compromising Westphalia’ (1995) (20)(201) *International Security* 115, 115-151.

<sup>26</sup> Por ejemplo las Convenciones de la Haya etc.; véase Tomas Baldwin, ‘The Territorial State’ in Hyman Gross & Ross Harrison (Editors), *Cambridge Essays in Jurisprudence* (Clarendon Press 1992) 207-30.

jurídicamente vinculantes”.<sup>27</sup> ¿Cómo definen entonces estos regímenes jurídicos lo que es un conflicto armado?

En el DIH se diferencian jurídicamente dos tipos de conflicto: el conflicto armado internacional y el conflicto armado de índole no internacional. Analicemos ambos tipos por separado para efectos de mayor claridad.

### 1.3.2 El Conflicto Armado Internacional

#### 1.3.2.1 Artículo Común 2 de las Convenciones de Ginebra

En el derecho de guerra<sup>28</sup> no existe una definición autoritativa de conflicto armado. A pesar del vacío en la maquinaria legal, el derecho internacional clásico ha clasificado a los conflictos armados en tres categorías diferentes de conflicto armado: la guerra clásica, la guerra civil, y los enfrentamientos armados que no alcanzaban el nivel de una guerra. Aún más, las normas del DIH existentes previas de la redacción de las Convenciones de Ginebra, eran solo aplicables durante el tiempo de duración una guerra; esto es, desde el acto formal de su declaración hasta el restablecimiento formal de la paz, objetivo que podía ser obtenido por medio de un tratado de paz o armisticio. El cuerpo legal del DIH no era susceptible de ser implementado a guerras civiles por considerarse a este tipo de conflicto un acto que recaía dentro de la jurisdicción interna de los Estados; a menos que el Estado implicado en este tipo de conflicto reconociera formalmente a los insurgentes como beligerantes. Tampoco las hostilidades armadas que no alcanzaban el nivel de una guerra eran sujeto de implementación de ese sistema normativo. No obstante, este enfoque formalista *de jure*, con el que se aproximaba el derecho de guerra fue remoldeado con la

---

<sup>27</sup> Moreillon, ‘El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos’ (supra nota 20) 15.

<sup>28</sup> Para efectos de esta investigación, el derecho de guerra y DIH serán sinónimos.

construcción de las Convenciones de Ginebra. A pesar de las ambigüedades contenidas en estos regímenes jurídicos, implementables desde la iniciación hasta la conclusión de un conflicto armado, estos instrumentos fueron el punto de partida para el establecimiento de los elementos que *de facto* constituyen un conflicto armado.

Reiteradamente, un conflicto armado internacional, es aquel en el que dos o más Estados batallan por medio de la fuerza militar. De acuerdo con la normativa contenida en el Artículo Común 2 de las Convenciones de Ginebra, esos instrumentos se implementarán “en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar”.<sup>29</sup> Bajo esta disposición, la guerra entre Estados es un conflicto internacional; en otras palabras, es la llevada a cabo por dos o más entidades que poseen personalidad legal internacional, siendo los Estados las altas partes contratantes de los instrumentos. Las Convenciones se implementan a este tipo de conflicto armado, aunque no exista una declaración formal de guerra, hostilidades abiertas, o reconocimiento de la situación por los contendores. Sin embargo, el contenido sustantivo de esta definición, no hace referencia alguna al nivel de intensidad, duración o escala de las hostilidades armadas para que sean calificadas como conflicto armado internacional. No obstante, esta omisión no debe

---

<sup>29</sup> Primer Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; Segundo Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; Tercer Convenio de Ginebra Relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra; Cuarto Convenio de Ginebra Relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (aprobados el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950), Art. 2. (CICR) <<http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/index.jsp>> accedido el 30 de abril de 2012.

interpretarse de manera que niegue la existencia de un conflicto armado internacional. Las condiciones de una guerra entre Estados son reunidas si, cualquier diferencia política irreconciliable entre los Estados conlleva al uso de la fuerza militar, o a cualquier otro tipo del empleo de las armas, y que motive la implementación de las Convenciones de Ginebra.<sup>30</sup> Aún más, dado que el calificativo de conflicto internacional depende del régimen *de facto* establecido por estos instrumentos jurídicos, los hechos que efectivamente ocurran en el teatro de las hostilidades son de suma relevancia. Ya en 1952, Pictet afirmaba que “cualquier diferencia que surja entre los Estados y que conduzca a la intervención de las fuerzas armadas es un conflicto armado en el sentido del Artículo 2, incluso si una de las Partes niega la existencia de un estado de guerra. No influye en nada la duración del conflicto ni la mortandad que tenga lugar”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Dietrich Schindler, ‘The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols’ (1979) 163 *Rcadi* 117, 117-164.

<sup>31</sup> Jean S. Pictet, *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration on the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (Military Legal Resources 16 July 2010) 52 <[http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/GC\\_1949-I.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-I.pdf)> accedido el 28 de abril de 2011; El argumento de Pictet, de que la duración del conflicto y la mortandad ocurrida son irrelevantes parece contrastar con la idea defendida en el Uppsala Conflict Data Program. Para este Centro, “an armed conflict is a contested incompatibility that concerns government and /or territory where the use of armed force between two parties, of which at least one is the government of a state, results in at least 25 battle-related deaths in one calendar year” (supra nota 21). La Escuela de Cultura de Paz, Barómetro 8, también establece números de muertes que difieren de Pictet y Uppsala. De acuerdo con este criterio “se entiende por conflicto armado todo enfrentamiento protagonizado por grupos armados regulares o irregulares con objetivos percibidos como incompatibles en el que el uso continuado y organizado de la violencia: a) provoca un mínimo de 100 víctimas mortales en un año y/o un grave impacto en el territorio (destrucción de infraestructuras o de la naturaleza) y la seguridad humana (población herida o desplazada, violencia sexual, inseguridad alimentaria, impacto en la salud mental y en el tejido social o disrupción de los servicios básicos); b) pretende la consecución de objetivos diferenciados de los de la delincuencia común y normalmente vinculados a: demandas de autodeterminación y autogobierno, o aspiraciones identitarias; la oposición al sistema político, económico, social o ideológico de un Estado o a la política interna o internacional de un gobierno, lo que en ambos casos motiva la lucha para acceder o erosionar al poder; o al control de los recursos o del territorio”: véase Escuela de Cultura de Paz, Barómetro 28 (supra nota 21) 10.

Aceptamos esta perspectiva debido a la ayuda que presta con la clarificación del concepto de guerra internacional clásica. No obstante, es incompleta. Para expandir los límites del conflicto armado internacional debemos, entonces, remitirnos al PAI.

#### 1.3.2.2 Artículo 4 del PAI

El Artículo 4 del PAI de las Convenciones de Ginebra expande la definición de conflicto armado internacional para incluir las guerras internas de liberación nacional. De acuerdo con este instrumento son conflictos armados internacionales aquellos “en los que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”.<sup>32</sup> Esta definición expande las fronteras de un conflicto armado, hasta el punto de que un determinado régimen político podría descalificar a un conflicto armado como tal, adjetivándolo de disturbio interno, si el objeto de la descalificación es resistir la implementación del DIH. Para mantener la coherencia del concepto de conflicto armado, frente a esta situación, es necesario observar la distinción entre conflicto armado no internacional y los disturbios internos o insurrecciones; el primero gobernado por el DIH y, los segundos, por la jurisdicción del derecho interno de los Estados pero condicionados por el derecho internacional de los derechos humanos. ¿Qué constituye, entonces, un conflicto armado interno o de índole no internacional? El escrutinio de una definición de conflicto armado interno es crucial para clarificar el ámbito de implementación de las Convenciones de Ginebra y, así, diferenciarlos de los disturbios internos. En este contexto debemos

---

<sup>32</sup> Protocolo I Adicional (PAI) a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (aprobado el 8 de junio de 1977) Art. 1(4)  
<<http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/index.jsp>> accedido el 30 de abril de 2012.

remitirnos obligatoriamente al Artículo Común 3, y al PAI de las Convenciones de Ginebra.

### 1.3.3 El Conflicto Armado de Índole No Internacional

#### 1.3.3.1 Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra

El régimen jurídico establecido en este artículo tiene por objeto la regulación de conflictos armados entre Estados y grupos armados subestatales, pero importa que las hostilidades armadas sean confinadas dentro de las fronteras territoriales de un solo Estado. En otras palabras, el ámbito de implementación material de esta normativa se limita a un “conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”.<sup>33</sup> Esta definición es construida *a contrari*; por tanto, no aporta nada nuevo al concepto de conflicto armado, ya que “una de las cosas que puede afirmarse con mayor seguridad sobre la expresión ‘que no sea de índole internacional’ es que nadie puede decir a ciencia cierta lo que significa”.<sup>34</sup> A pesar de la obscuridad presente en el concepto, y debido a que bajo esta regla se regulan asuntos internos, las condiciones de su implementación deben ser cuidadosamente edificadas para circunscribirlas dentro del ámbito del DIH. Dentro de este contexto, un conflicto armado intraestatal podría ser:

1. Un enfrentamiento armado “que tenga lugar en el territorio de un Estado, entre el gobierno, por una parte, y grupos armados insurrectos por otra”;<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> PAI (supra nota 32) Art. 3.

<sup>34</sup> Tom Farer, ‘The Humanitarian Laws of War in Civil Strife: Towards a Definition of International Armed Conflict’ (Revue Belge du Droit International 1971), citado en James G. Stewart, ‘Hacia una Definición Única de Conflicto Armado en el Derecho Internacional Humanitario. Una Crítica de los Conflictos Armados Internacionales’ (2003) No. 850 (318) International Review of the Red Cross <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5w3juy.htm>> accedido el 28 de abril de 2012.

<sup>35</sup> Hans-Peter Gasser, ‘International Humanitarian Law: An Introduction’ in H. Haug (Editor), *Humanity for All: The International Red Cross and Red Crescent Movement* (Paul Haupt Publishers 1993) 510-511.

2. “Varios grupos que se enfrentan entre ellos por el poder”<sup>36</sup> o que pretenden alcanzar ciertos fines;
3. Hostilidades armadas que se realicen dentro de las fronteras territoriales de una de las Altas Partes Contratantes;<sup>37</sup>
4. Uso de las fuerzas armadas y no solo de la policía, por parte de Estado, contra los insurrectos, debido al alto nivel de intensidad en las hostilidades, que deben ser de carácter colectivo y no llevadas a cabo por grupos individuales; los insurrectos deben de poseer capacidad de proyección militar.<sup>38</sup>

Estas definiciones, aportadas por la doctrina, son de trascendencia para establecer el umbral mínimo que se requiere para distinguir a un conflicto armado de índole no internacional sobre disturbios internos, o violencia común, desarrollados en el interior de un Estado. A pesar de la funcionalidad de las mismas, es conveniente remitirnos al PAII, concernientes a los conflictos internos, y cuyo fin jurídico es expandir y suplementar el régimen contenido en el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra.

#### 1.3.3.2 Artículo 1 del PAII

El Artículo 1 define el campo material de implementación del PAI, disposición que constituye la piedra angular del mencionado instrumento. De acuerdo con esta disposición jurídica, el instrumento debe ser activado en conflictos armados llevados a cabo “en el

---

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Marco Sassoli, ‘Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law’ (2006) Programme on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, Occasional Paper 6/2006, 1 <<http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/OccasionalPaper6.pdf>> accedido 28 de abril de 2012.

<sup>38</sup> Schindler, ‘The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols’ (supra nota 30). Schindler defiende que los insurrectos deben estar organizados y poseer fuerzas armadas controladas por un mando responsable.

territorio de una Alta Parte Contratante, entre sus fuerzas armadas y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control, tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar... el Protocolo”.<sup>39</sup> La esencia de esta definición radica en que, a diferencia del Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra, el cual regula conflictos armados internos entre un Estado y grupos armados subestatales, o entre grupos subestatales, el PAII, no solo extiende y provee los elementos materiales de una definición sino que también, establece un umbral mucho más amplio en lo referente a los factores constitutivos de un conflicto armado interno; así, implementándose en las hostilidades armadas “que se aproximan, de hecho, al concepto tradicional de guerra interestatal, es decir, en los que una fuerza armada disidente organizada controla parte del territorio de un Estado Parte”.<sup>40</sup>

Tomando en cuenta estas consideraciones, podríamos afirmar que, en el sentido del PAII, estamos frente a un conflicto armado intraestatal cuando:

1. El estatus legal de las partes que se enfrentan en las hostilidades armadas es desigual y no es modificado jurídicamente por la implementación del PAII ni el Artículo Común 3. En otras palabras, la naturaleza jurídica de los sujetos que se enfrentan en el conflicto es “el Gobierno de un solo Estado que lucha contra uno o varios grupos armados dentro de los límites de su territorio”;<sup>41</sup> no

---

<sup>39</sup> Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (PAII) Art. 1(1).

<sup>40</sup> Stewart, ‘Hacia una Definición Única de Conflicto Armado en el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 34).

<sup>41</sup> Yves Sandoz, *et. al.*, *Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949* (Martinus Nijhoff Publishers 1998) 439-444 <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>> accedido el 30 de abril de 2012.



confiriéndosele a estos últimos actores reconocimiento internacional con la implementación del PAII y del Artículo Común 3.

2. Los grupos de insurgentes que luchan están organizados como grupos armados. Esta característica distintiva le da una dimensión colectiva y coordinada a la lucha armada aislándola, al mismo tiempo, de actos de violencia comunes;
3. El término fuerzas armadas no solo incluye el ejército regular de un Estado sino que, asimismo, abarca a las fuerzas armadas ‘irregulares’ de un grupo disidente que posee capacidad de proyección de poder; por irregular entendemos el uso de la violencia desmilitarizada;
4. La existencia de un comando responsable, implica organización y capacidad para planear y llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas. Esta distinción, en teoría, es un requisito material pero, a como analizaremos más adelante, es desvanecida con las tácticas empleadas en la guerra asimétrica;
5. Los grupos disidentes son capaces de implementar el protocolo, elemento también cuestionable a la luz de las tácticas de guerra asimétrica.

Estos criterios son brevemente una disección de los componentes de un conflicto armado interno, los cuales funcionan como elementos diferenciadores de tensiones y disturbios internos, siendo estos últimos compatibles con el contenido sustantivo del Artículo 1.2 del PAII, el cual complementariamente estipula que “el Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos

esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.<sup>42</sup>

Estas nociones, a primera vista, parecen claras. No obstante, las mismas son sorprendentes porque, a pesar de que describen lo que teóricamente constituye un conflicto armado interno, el contenido no hace referencia alguna al nivel de intensidad requerido para que un conflicto armado interno sea adjetivado como tal, o como guerra interna. En los comentarios del PAII de las Convenciones de Ginebra se estipula que en el mismo instrumento no se dan definiciones de tensiones y disturbios internos, sino que, se recurre a una lista de ejemplificaciones para ilustrar lo que estos problemas podrían constituir.<sup>43</sup>

Finalmente, ante la duda sobre la noción de conflicto armado, es de interés observar la aportación de la jurisprudencia del TCIAY, el cual ayudó a clarificar definición de conflicto armado en el DIH.

#### 1.4 El Conflicto Armado en la Jurisprudencia del TCIAY

De acuerdo con el TCIAY, establecido para juzgar a individuos por actos de violaciones graves al DIH, un conflicto armado existe “[if] there is a resort to armed force between

---

<sup>42</sup> PAII (supra nota 39) Art. 1(2).

<sup>43</sup> Sandoz, *et. al.*, Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 En el Comentario del PAII (supra nota 41) para. 4474 se dice que “no se dan verdaderamente definiciones. La noción de disturbios interiores y de tensiones internas puede ilustrarse mediante una lista no restrictiva de ejemplos de esas situaciones: los motines, como manifestaciones que no tienen un propósito inicial concertado; los actos aislados y esporádicos de violencia, por oposición a las operaciones militares realizadas por fuerzas armadas o grupos armados; los otros actos análogos, que abarcan, en particular, las detenciones masivas de personas a causa de sus actos o de sus opiniones ... En cuanto a las *tensiones internas*, puede decirse que se trata, en particular, de situaciones de tensión grave (política, religiosa, racial, social, económica, etc.) o también de secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores. Esas situaciones presentan alguna de las siguientes características, si no todas a la vez: detenciones masivas; un elevado número de detenidos políticos; probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención; suspensión de las garantías judiciales fundamentales, sea por la promulgación de un estado de excepción, sea por una situación de hecho; denuncias de desaparición de personas”.

states or protracted armed violence between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal armed conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal armed conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place”.<sup>44</sup>

La trascendencia de esta definición radica en que, enmarcada dentro de las estipulaciones contenidas en las Convenciones de Ginebra, delinea el contorno de un conflicto armado. Ahora bien, para delinear el contorno de un conflicto armado es necesario hacer referencia a los elementos esenciales intrincados en esa definición. En primer lugar, la definición reitera el elemento clásico de la guerra interestatal: el uso de la fuerza armada entre Estados. En segundo lugar, aclara que un conflicto armado existe si, y solo si, las hostilidades armadas entre las autoridades gubernamentales y grupos armados (un actor estatal y uno no estatal), o entre grupos armados en el territorio del Estado es prolongada.<sup>45</sup> Es evidente que, por ejemplo, el colapso de un Estado, debido a violencia intensa y prolongada debe calificarse como conflicto armado interno. Descomposición de cierto nivel del orden estatal interno, causado por actos esporádicos de violencia, no destruyen al Estado, y escapa al ámbito de atención del DIH. Si bien es cierto los disturbios internos podrían conducir a un conflicto armado, la jurisprudencia del TCIR, a favor de este argumento, indicó que para el caso de Ruanda, la violencia armada que se extendía por

---

<sup>44</sup> Tadic Case (judgment) ICTY -94-1- (2 October 1995)

<<http://www.icty.org/sections/TheCases/JudgementList>> accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>45</sup> Véase Sandoz, *et. al.*, Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 (nota supra 43) para observar la deferencia entre violencia armada prolongada y tensiones internas.

varios meses satisfacía el requisito de prolongada y, tomando en cuenta la intensidad de las hostilidades, la situación podría calificarse como conflicto armado, dentro de lo regido por el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra.<sup>46</sup>

Tercero, el elemento territorial, consistente con el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra, se refiere necesariamente al espacio geográfico donde se desarrollan todos los conflictos armados. En consecuencia, dentro de este espacio territorial es donde se activa la implementación de la maquinaria legal del DIH, factor de relevancia aún cuando el Estado haya perdido control de su territorio.

Después de exponer estas consideraciones, ¿qué conclusiones podemos obtener sobre lo constituye la guerra o un conflicto armado, para posteriormente iluminar el concepto de guerra asimétrica? La yuxtaposición de estos argumentos expone la complejidad del problema y, muy específicamente, las definiciones no producen resultados satisfactorios. No obstante, es posible aislar ciertos elementos constitutivos de las definiciones, con el fin de determinar la naturaleza de una guerra o conflicto armado como tal.

### 1.5 Elementos Constitutivos y Naturaleza del Conflicto Armado

Estamos frente a una guerra o conflicto armado cuando existe:

1. Violencia organizada y sistemática. Es imposible calificar a una guerra como un conflicto armado sin violencia. Mientras que académicos y estrategas podrían estar en desacuerdo sobre el concepto de violencia, también podemos debatir que la

---

<sup>46</sup> El Estatuto de Roma de la CPI, Art. 8 (2)(d) estipula que la violencia prolongada no es un requisito para “las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”; véase el Estatuto de Roma (aprobado el 17 de julio de 1998, entrado en vigor el primero de julio de 2002) UNDCPEICC <<http://www.icccpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm>> accedido el 30 de abril de 2012.

guerra sin violencia no es guerra. Ahora, no todo tipo de violencia puede ser denominado como guerra. La violencia es una condición necesaria pero no suficiente para que una guerra sea definida como tal. La violencia, cuando ejecutada entre Estados, implica el uso de la fuerza militar. La guerra entre Estados es más fácil de ser reconocida por cuanto involucra el empleo de un ejército regular, poder de fuego, tácticas de ataque regulares, empleo de personal. Sin embargo, en el nivel más bajo del espectro de la violencia, la misma podría coincidir, o traslaparse, con disturbios internos, violencia criminal común o motines, no sujetos a la implementación de las normas del DIH; de ahí que mantener la coherencia de una definición de conflicto armado interno es más difícil de sostener. Definir el término, en el mejor de los casos es una tarea abstrusa y, en el peor, inalcanzable. No existen definiciones realmente vinculantes de guerra o conflicto armado.<sup>47</sup>

Pese a estas dificultades, un conflicto interno se caracteriza porque el uso de la violencia al que se recurre, debe ser organizado, sistemático y prolongado. Esto quiere decir que, contrario a lo que afirma Keegan, de que la guerra se pelea por pelearse,<sup>48</sup> la violencia no es al azar; al contrario, es el resultado una decisión intencional, racionalmente coordinada, propulsada por la fuerza motriz del deseo de alcanzar un objetivo político racional;

2. Los actores involucrados en el teatro de las confrontaciones son actores políticamente motivados, reconocidos o no reconocidos por los Estados, y no bandas de individuos, cuyos actos aislados, están sometidos a las regulaciones del

---

<sup>47</sup> Dinstein, *War, Aggression and Self-defense* (Cambridge University Press 2001) 4.

<sup>48</sup> En este sentido sobrevivencia global depende de restringirse de usar la violencia; véase John Keegan, *A History of Warfare* (Pimlico 1995).

derecho interno. Aún más, debido a que los contendores en la guerra, reclaman intereses políticos incompatibles, los mismos usan sus capacidades con el fin de alcanzarlos;

3. El uso de la fuerza militar entre Estados, o violencia interna prolongada a gran escala, trae consecuencias políticas serias, por ejemplo, cambios territoriales, cambios en la política exterior de un Estado y en la polaridad del sistema internacional, cambios en un gobierno, un cierto número de muertes que inclusive, a gran escala, implica genocidio y migraciones forzadas de refugiados. Estos problemas demandan la implementación del DIH para proteger a la población civil. En este contexto, la guerra no significa jurídicamente ‘caos’. Debido a que un conflicto armado representa el uso organizado y colectivo de la violencia, tal conflicto debe de seguir las normas del *jus in bello*. Apartarse de estas normas es caer en el barbarismo ilimitado;
4. Existe una relación de reciprocidad entre dos o más actores<sup>49</sup> no necesaria y cualitativamente igual (por ejemplo el Estado contra grupos de disidentes u otros actores no estatales). Estos actores usan la fuerza militar, la violencia organizada o desmilitarizada, para medir su poder relativo, usando tácticas que les permita proyectarse estratégicamente y alcanzar sus objetivos. Es evidente que si al medirse el poder relativo, existe un desequilibrio de fuerzas, el contendor más débil podría recurrir a tácticas irregulares de guerra. Además, a pesar de que el Estado soberano permanece como actor central y único en el modelo clásico o westfaliano de guerra,

---

<sup>49</sup> En esta relación de reciprocidad los contendientes miden su poder relativo por medio de la guerra y, los agresores no son necesariamente los victoriosos sino castigados debido a las fluctuaciones del poder; “wars would be fewer if the losers could foretell their defeat”; véase Stephen Van Evera, *Causes of War: Power and Roots of Conflict* (Cornell University Press 1999) 14.

la misma premisa no podría ser extrapolada a los conflictos armados de índole no internacional. Si partimos de la premisa de que la guerra es un fenómeno que solo ocurre entre comunidades políticas, comprendidas esas comunidades como entidades que corresponden a los Estados, disidentes, grupos que intentan constituirse como Estados, o cualquier otro grupo organizado que, a través del uso de la violencia sistemática y prolongada, busque alterar el orden interno, pues tautológicamente debemos aceptar que en un conflicto de índole no internacional los actores no estatales son de suma trascendencia en el juego de poder que la guerra implica. En otras palabras, es posible sostener el argumento de que en la esfera militar el Estado es el actor principal;<sup>50</sup> en contraste, erradicar cualquier otro actor, o elemento que se encuentre bajo el nivel del Estado, y que utilice la violencia prolongada para alcanzar un objetivo político, es un argumento insostenible. De ahí, el enfoque *de facto* de las Convenciones de Ginebra;

5. El uso deliberado y racional de la violencia alcanza un umbral mínimo de intensidad tal que permita adjetivar al conflicto como conflicto armado interno. La duración e intensidad del conflicto, los actores implicados, métodos y medios empleados en la ejecución de la violencia, número de muertes, la movilización del ejército para enfrentar hostilidades que por otros medios no podría llevarse a cabo, el tipo de intereses que se reclaman, son indicadores de que existe un conflicto armado o una guerra.

---

<sup>50</sup> El primer deber del Estado es la seguridad, cuya dimensión militar es el pilar que sostiene otras como la económica, social, etc. sostiene Gray; véase Colin S. Gray, *Modern Strategy* (Oxford University Press 1999) 46.

A pesar de los problemas que podrían tener estos criterios, la interconexión entre éstos podría servir como termómetro, para medir la intensidad de las hostilidades que podrían calificarse como guerra. Esos mismos criterios son una base analítica de partida para establecer, hasta cierto punto, la naturaleza de la guerra. ¿Es la naturaleza de la guerra permanente? Establezcamos primero cuál es la naturaleza de los conflictos armados para posteriormente observar su consistencia.

La naturaleza de la guerra ha sido, y será siempre, constante. La naturaleza de la guerra no depende de los avances tecnológicos, ni de los cambios ambientales que ocurran en el sistema internacional. Las permutaciones ocurren en sus manifestaciones y formas de realizarla. Así, para Clausewitz, todas las guerras se caracterizan porque poseen la misma naturaleza política; en la guerra, como un acto político, se usa la fuerza como medio para alcanzar los fines propuestos.<sup>51</sup> Aún más, Clausewitz defiende, la guerra posee dos dimensiones; una objetiva, refiriéndose a su naturaleza y, una subjetiva, que corresponde a su carácter. La naturaleza objetiva abarca a aquellos elementos universales que todas las guerras poseen en común, que no están sujetos a transformaciones, aunque sí condicionados por las características particulares de cada Estado y sus fuerzas armadas.<sup>52</sup> Así, el peligro, la incertidumbre y la oportunidad, componen al clima de la guerra.<sup>53</sup> Al clima de la guerra debemos agregar dos trinitades clausewitzianas que se suman a su naturaleza: primero, la trinidad primaria, compuesta por la violencia, el odio y la enemistad, así como la oportunidad, la probabilidad y el elemento de subordinación de la guerra a una política racional; segundo, la trinidad secundaria estructurada por la población, el ejército y el

---

<sup>51</sup> Clausewitz, *De la Guerra* (supra nota 4) capítulo 2.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Ibid.



gobierno.<sup>54</sup> Estas dos argumentos empíricos de Clausewitz son justificables, a pesar de que contrastan con las críticas recientes hechas a su posición y, muy específicamente en lo que se refiere a la trinidad secundaria. De acuerdo con los oponentes de Clausewitz, la tríada de la población, el ejército y el gobierno es obsoleta en el actual ambiente estratégico. Es obsoleta por dos razones: primero, porque la trinidad secundaria no es funcional en un clima estratégico donde las guerras no son de índole clásico, donde el Estado es el actor principal y; segundo, porque las guerras actuales son peleadas entre ejércitos y poblaciones hostiles, a como detractores como Keegan y Van Creveld reclaman;<sup>55</sup> por tanto, la guerra futura no será trinitaria.<sup>56</sup>

A primera vista, estas observaciones son plausibles, especialmente cuando, entre 1989 y 1998 se desarrollaron 101 guerras, correspondiendo a un 93, 5% de conflictos de índole no internacional.<sup>57</sup> Sin embargo, tales observaciones son potencialmente una distorsión del paradigma de la guerra clausewitziana por dos razones obvias. En primer lugar, para Clausewitz, los factores inmutables y primarios de cualquier guerra son la violencia, odio, enemistad, oportunidad y probabilidad y la subordinación a una política racional. Afirmar que la población, el ejército y el gobierno, factores que el mismo estratega considera secundarios, son caducos porque no son ajustables a las realidades estratégicas actuales, es una interpretación difícil de ser aceptada. Estos últimos tres factores están sujetos a

---

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Keegan, *History of Warfare* (supra nota 48); Van Creveld, *The Transformation of War* (supra nota 15).

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Peter Wallensteen & Margareta Sollenberg, 'Armed Conflict, 1989-1998' (2001) 40(5) *Journal of Peace Research* 635, 593-607; Véase también Smith, 'Trends and Causes of Armed Conflict' (supra nota 21) 3, quien sostiene que, de 118 conflictos armados que desarrollados entre 1990 y 1999, 10 pueden ser estrictamente clasificados como conflictos interestatales, proporción relativamente pequeña del total de guerras ocurridas dentro de ese periodo; 5 pueden ser únicamente definidas como guerras de independencia, aunque los insurgentes de otras guerras podrían definir sus conflictos en esos términos; 100 guerras eran exclusivamente conflictos internos.

cambios porque reflejan del carácter y no la naturaleza de la guerra. La trinidad secundaria, en principio, es interpretada como que la misma fuese primaria, por Keegan y Van Creveld, de ahí que esos académicos concluyan controvertidamente que Clausewitz no tiene vigencia.

En segundo lugar, basta notar las recientes guerras entre Georgia y Rusia, Los Estados Unidos e Irak, entre el Reino Unido y Argentina por las islas de las Malvinas, la guerra en la Antigua Yugoslavia, o los conflictos armados intraestatales como el actual en la República Democrática del Congo, Sudán, Somalia, entre muchos otros. Todos estos conflictos involucran a los factores primarios y permanentes de una guerra, internacional o no internacional, antes manifestados en la trinidad primaria de Clausewitz. En este sentido nuestra conjetura es que la guerra seguirá siendo trinitaria, pero trinitaria primaria. Aún más, si bien es cierto que las formas atípicas de hacer la guerra han aumentado, porque ejércitos se enfrentan cada vez más a poblaciones hostiles, a como Keegan y Van Creveld argumentan, también es correcto sugerir que la trinidad secundaria clausewitziana no ha perdido vigencia. Un gobierno debe de poseer una política racional y hacer uso del ejército para enfrentarse a grupos armados en el interior del Estado, y no exclusivamente enfrentarse con otros Estados. Así, el gobierno, el ejército y grupos armados, más que la noción de ‘población’ sigue siendo tan vigente como los elementos inmutables de la guerra. Pensar que un ejército, en el actual clima estratégico, no sufre modificaciones para proyectarse militarmente contra actores no estatales es una posición miope que pone en peligro la seguridad del Estado. La guerra trinitaria interestatal, percibida como un fenómeno sistémico, está vigente y es una posibilidad entre los Estados soberanos, mientras

estas entidades luchan por posicionarse y tomen ventajas en el sistema internacional.<sup>58</sup>

También la guerra intraestatal es un problema sistémico, debido a que es consecuencia de los cambios ambientales y reacomodamiento de fuerzas en el sistema internacional. En este sentido, ambos tipos de guerra involucran los factores clausewitzianos antes explicados.

Gray, refiriéndose a la naturaleza de la guerra, reafirma este argumento. Gray sugiere que si la naturaleza de la guerra no fuera constante, la misma no podría denominarse guerra, sino que sería algo diferente.<sup>59</sup> Para este académico, se debe hacer una distinción clave entre la naturaleza y el carácter de la guerra. Las cualidades inherentes, universales e impermutables que han definido a la guerra, a través de la historia, constituyen su naturaleza. Basado en esta proposición, Gray defiende que el clima de la guerra está compuesto por cuatro elementos: la violencia, el peligro, esfuerzo, incertidumbre y oportunidad,<sup>60</sup> sin duda alguna componentes constantes y primordiales de la naturaleza de ésta.

Gray, fundamentado y reiterando la idea de la guerra de Clausewitz, indica que, el carácter de la misma, corresponde a sus rasgos permutables, circunstanciales y de adaptación, factores que son determinados por las circunstancias del medio ambiente político-estratégico internacional de un determinado periodo histórico.<sup>61</sup> Coincidiendo con Clausewitz y Gray, Echevarría sugiere que la guerra posee una naturaleza binaria, esto es,

---

<sup>58</sup> Susan Strange, 'Cave! Hic Dragons: A Critic of Regime Analysis' (1982) 36(2) International Organization 479, 2.

<sup>59</sup> Gray, 'How Has War Changed since the End of the Cold War' (2005) 25 Parameters 14, 17 <<http://www.carlisle.army.mil/usawc/Parameters/ArticleIndex.cfm#index2005>> accedido el 28 de abril de 2004.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Gray, *Modern Strategy* (supra nota 50).

una dimensión objetiva y otra subjetiva.<sup>62</sup> De acuerdo con Echeverría, la dimensión objetiva de la guerra abarca a aquellos factores permanentes como la violencia, la fricción, la oportunidad y las circunstancias imprevistas (sorpresa), que caracterizan a todas las guerras. La dimensión subjetiva de la guerra, discute Echeverría, abarca a elementos como las fuerzas militares, sus doctrinas, armas, así como al ambiente, es decir, el terreno, el mar, el aire y los peligros, en los que se debe de luchar, y que hacen de una guerra única. Esta perspectiva es irrefutable si observamos que la dimensión objetiva es parte de cualquier conflicto, sea este internacional o intraestatal. Es imposible concebir una guerra sin violencia, fricción, incertidumbre, armas o sin fines que la dirijan. Estos elementos son permanentes e independientes de cualquier transformación militar o cambios que ocurran en el ambiente estratégico, y, sobre todo, son motivo para que la guerra no pueda ser redefinida;<sup>63</sup> los actores, doctrina, tácticas de hacer la guerra, no obstante, son factores coyunturales, o manifestaciones, de la guerra que varían o son producto de una determinada época histórica.

Dentro de este contexto, dos preguntas debemos entonces inferir: primero, si el concepto de guerra asimétrica descansa sobre el de guerra general, entonces, ¿Cómo se define la guerra asimétrica? y, segundo, si la naturaleza de la guerra es inmutable, ¿Qué ha cambiado desde que se inició la construcción de Estados a partir de la Paz de Westphalia de 1648? El primer cuestionamiento demanda clarificación del término guerra asimétrica, el segundo, requiere de la identificación de los métodos y tácticas empleadas en la guerra asimétrica

---

<sup>62</sup> Antulio J. Echeverría, *Globalisation and the Nature of War* (USA Army War College 2003) 7-8. <<http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?pubID=215>> accedido el 28 de abril de 2012.

<sup>63</sup> MacGregor Knox & Williamson Murray, 'Thinking about Revolutions in Warfare' in MacGregor Knox & Williamson Murray, *The Dynamics of the Military Revolution, 1300-2050* (Cambridge University Press 2001) 1.

para alcanzar los fines propuestos. Debido a que, el modelo clásico o westfaliano de guerra es cuestionado por muchos expertos y, al mismo tiempo, como sostiene efectivamente Tilly de que “The war made the state, and state made war”,<sup>64</sup> es necesario primero abrírnos paso con este análisis, para observar los cambios sistémicos que han conllevado a los cambios en el carácter de la guerra.

## 1.6 La Guerra Tradicional y el Estado

Hemos explicado que, desde una perspectiva estado-céntrica, la noción de la guerra es una idea moderna, ciertamente hasta la adopción de las Convenciones de Ginebra. Bajo esta perspectiva, la guerra es una lucha armada entre Estados, que tiene por objeto resolver una controversia internacional causada por intereses irreconciliables. Así, desde sus inicios, el concepto de guerra estuvo relacionado con la idea del Estado, actor único y legítimo con derecho a realizarla. Efectivamente, el modelo westfaliano del orden legal internacional, que resultó a partir de la Paz de Westphalia de 1648, y que terminó con la Guerra de los 30 Años en Europa, se constituyó como paradigma, y progenitor, del presente sistema internacional de Estados soberanos e independientes. La consecuencia de este nuevo arreglo diplomático fue la construcción de un orden global creado por Estados, y para Estados, el cual reemplazaría los vestigios legales de la estructura vertical del poder, en cuya cúspide se encontraba el Papa y el Santo Imperio Romano,<sup>65</sup> y, en orden descendiente, otras entidades sociales diversas como las tribus bárbaras, iglesias...ciudades libres o individuos privados.<sup>66</sup> Aún más, con la construcción del Estado soberano, y su consecuente

---

<sup>64</sup> Carles Tilly, *La Formazione degli Stati nazionali nell'Europa Occidentale* (Il Mulino 1984) 44.

<sup>65</sup> Holsti, *Peace and War: Arms Conflicts and International Order 1648-1989* (supra nota 1).

<sup>66</sup> Luc Reydam, 'A la Guerre Comme a la Guerra: Patterns of Armed Conflict, Humanitarian Law Responses and New Challenges' (2006) 88(864) *International Review of the Red Cross* 729, 734

corolario de la norma de no intervención, pilares sobre los que se levantó el edificio de las relaciones internacionales, otras normas fueron establecidas para reforzar a esas entidades como los sujetos exclusivos del derecho internacional, poseedores absolutos de autoridad suprema dentro de sus fronteras territoriales y, como ostentadores del monopolio de la violencia y derecho de hacer la guerra. En otras palabras, la retención del monopolio de hacer una guerra por parte de los Estados, fue una extensión lógica de la primacía de la soberanía. Así, si dos o más Estados estaban en desacuerdo, o infringían las normas del orden internacional westfaliano, y no existía un poder superior sobre los mismos que dirimiera las controversias, entonces, la consecuencia lógica de esta anarquía estructural era la guerra, para lo cual se necesitaba el ejército.

Esencialmente, la maquinaria del Estado moderno encuentra sus orígenes no solo en las demandas organizacionales de llevar a cabo una guerra sino que, también, como efecto directo de las guerras prewestfalianas. El Estado moderno emergió dentro del contexto de una época histórica caracterizada por la alta intensidad de conflictos armados, la cual motivó una revolución temprana en los asuntos militares, reflejada en la profesionalización del ejército, del poder de fuego y otras tecnologías militares, con el fin de enfrentarse a sus homólogos de Estados enemigos, identificados como las únicas amenazas externas para la seguridad estatal, que requerían de una respuesta militar para disuadirse.<sup>67</sup> Este dilema tradicional y unidimensional de seguridad, basado en la interacción entre Estados, puesto que esas entidades son el sujeto y objeto único de la seguridad, no solo está directamente asociado al uso del poder militar, para sobrevivir en un ambiente estratégico de

---

<<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-864-p729.htm> > accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>67</sup> Mohammed Ayoob, 'The Security Problematic of the Third World' (1991) 43(2) World Politics 257, 257-283.

competencia y violencia sino que, también, fue motivo para que la guerra se institucionalizara a partir de la Paz de Westphalia, y, en palabras de Black, “professional force[s] of trained regulars under the control of sovereign powers, and with such powers enjoying a monopoly of such forces”<sup>68</sup> fueran los únicos combatientes encargados de la seguridad del Estado.

Vemos que, así, el Estado es el actor bélico exclusivo en el modelo tradicional, con derecho único de realizar una guerra, enganchándose en batallas simétricas y empleando relativamente armamento similar. Esta cuestión debe ser así porque la guerra tradicional es limitada a un contexto histórico específico, de la misma forma que su subyacente concepto, el Estado, lo es. En esencia, “modern international society can be regarded as the most successful attempt to combine war with symmetry. In the first place, because the whole process of the limitation of war was founded upon the fact that adversaries shared the same legal and political form, statehood. As war became an institution, sovereign states claimed for themselves the monopoly of the legitimate use of violence in the international society. In order to have the right to wage war it was no longer enough to just have the power to do it, but it was also necessary to have the legal and political form as the others”.<sup>69</sup> La guerra, en su forma clásica o tradicional es simétrica o, un enfrentamiento militar entre iguales, los Estados soberanos. Bajo este modelo, no entran en consideración otros actores y, si son presumidos como parte del juego estratégico, “[but] [those actors are] not sanctioned and legitimated [then their] armed action is not proper “war”, but pure violence or unjust

---

<sup>68</sup> Black, ‘Military Organizations and Military Change in Historical Perspective’ (1998) 62(4) *Journal of Military History* 871, 873.

<sup>69</sup> Alessandro Colombo, ‘Asymmetrical Warfare or Asymmetrical Society? The Changing Form of War and the Collapse of International Society’ in Alessandro Gobbicchi (Editor), *Globalization, Armed Conflicts and Security* (Cemiss-Rubbettino 2004) 116.

war”.<sup>70</sup> Aún más, si el enfrentamiento armado es entre iguales, los efectos deseados en ambas partes deben ser los mismos (principio de reciprocidad), esto es, derrotar o debilitar a las fuerzas al enemigo y no a individuos y sus capacidades, delinear el teatro de la guerra, aislar a la población del conflicto, por tanto, distinguir entre combatientes y no combatientes, uso el uniforme en el ejército, y seguir métodos legales de guerra, todas ellas medidas necesarias destinadas a vigorizar el concepto de guerra como actividad exclusiva del Estado moderno.

En esencia, el nacimiento y dinámica del Estado Moderno moldeó a la guerra de forma específica, al hacer de la misma un juego en el que nadie más debía participar. No es posible, en el sentido tradicional, llevar a cabo una guerra de forma legítima, ni de disfrutar de la protección de DIH, si los Estados no se ajustan a ciertas normas de conducta. La consecuencia peculiar de estas expectativas es la simetría resultante y obligatoria en la lucha armada entre los Estados y sus fuerzas militares. Así, el concepto de la guerra moderna no es neutral. La noción contiene normas de quién y cómo llevarla a cabo, la forma en que debe ejecutarse; el concepto sujeta la idea subordinada de simetría. Ahora, si la guerra simétrica clásica es un producto cultural y específico de Occidente, entonces, debemos comprender que, en el actual ambiente estratégico, la guerra está cambiando su carácter porque ya no es percibida necesariamente como una lucha armada entre iguales. Su nuevo calificativo es el de guerra asimétrica, concepto que no solo cuestiona la preservación del monopolio estatal sobre el uso de la fuerza sino que, también, obliga a los Estados a mirar más allá de las categorías tradicionales como las capacidades materiales, y el uso y control de la fuerza militar. Por tanto, la guerra asimétrica requiere de clarificación.

---

<sup>70</sup> Carlo Galli, *Guerra* (Laterza 2004) VIII.



## CAPITULO II

### La Guerra Asimétrica: ¿Un Nuevo Concepto de Seguridad?

#### 2.1 Consideraciones Generales

En el capítulo previo discutimos que la guerra tradicional, nace y evoluciona con el origen del sistema de Estados soberanos, resultante a partir de la Paz de Westphalia de 1648. Debido a esta realidad, sugerimos que el Estado ha permanecido como el actor principal en el teatro de la guerra, y como el proveedor de medios viables que sostienen el orden internacional, ciertamente hasta el acaecimiento de la Guerra Fría. En esencia, las fuerzas militares convencionales han sido organizadas para generar efectos a gran escala contra adversarios estructurados de la misma manera. No obstante, la naturaleza evolutiva e irregular del sistema internacional de Estados, caracterizada por turbulencia e incertidumbre, conllevan a transformaciones en el carácter de la guerra y la seguridad. La naturaleza definida del sistema internacional y, el paradigma unidimensional de seguridad, basado en un patrón estratégico predecible de amenazas militares externas, permitía a los Estados estar en una mejor posición de examinar la intensidad, y la dirección, de donde provenían esas amenazas para su seguridad. En contraste, los cambios sistémicos ocurridos con la finalización de la Guerra Fría, y la consecuente desaparición de las guerras por proximidad, donde los beligerantes eran apoyados, más o menos, por cualquiera de los superpoderes, los actores no estatales emergen en el teatro de batalla, creando fracturas profundas y diferentes a las antes surgidas durante el desarrollo del sistema internacional westfaliano. Estas nuevas fragmentaciones, producto del reacomodamiento de fuerzas en el sistema internacional, y de los procesos de globalización y localización, “hasta ahora consideradas menores o secundarias...han cobrado extraordinaria fuerza [al mismo tiempo

que] han quedado descongelados nuevos conflictos que el sistema bipolar había hibernado... Los grandes centros de poder político, económico y cultural, estatales o no estatales, pueden actuar e imponer sus objetivos sin necesidad de acudir a los procedimientos de intervención característicos de otras épocas históricas; por otra parte, fuerzas y movimientos generadores de inseguridad e inestabilidad, difícilmente controlados por los Estados... actúan con creciente relevancia en la vida internacional. »<sup>71</sup>

El argumento de Carrillo Salcedo<sup>72</sup> cobra sentido cuando observamos las nuevas corrientes y dinámicas de la seguridad internacional, caracterizadas por una mayor competencia por recursos y beneficios en la economía global, la erosión en la capacidad de los Estados para tratar con elementos disfuncionales del orden internacional, privatización del aparato militar por muchos Estados, el debilitamiento de formas nacionales de identidad arraigadas en el sistema de relaciones internacionales westfaliano, a favor de la aparición de nuevas formas de identidad étnica, religiosa, reclamaciones de autodeterminación y el resurgimiento de la guerra asimétrica y de actores no estatales, que se apartan de las normas internacionales, resultando todo ello en un círculo vicioso de inseguridad.

La guerra asimétrica, en particular, calificada por muchos como guerra postmoderna, debido al papel que los nuevos actores juegan en la guerra, indica que en las cuestiones de seguridad otras dimensiones han tomado lugar retando las interacciones entre los Estados. Este tipo de conflicto no ha puesto en peligro la existencia del Estado pero si ha socavado su estabilidad interna y regional, la de sus ciudadanos, al mismo tiempo que cuestiona la validez e implementación de las normas del sistema legal internacional. No hay duda de

---

<sup>71</sup> José Antonio Carrillo Salcedo, 'El Sistema Internacional de los Derechos Humanos y la Globalización' en José L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.) (supra nota 20) 34-35.

<sup>72</sup> Ibid.

que, los eventos acaecidos el 11 de setiembre de 2001, con el ataque al Centro Mundial de Comercio de Nueva York, y a la sede del Pentágono en Washington, drásticamente cambiaron la escena geopolítica mundial. Esos acontecimientos representan una demostración reciente de las tácticas letales de la guerra asimétrica. Este razonamiento es basado en el argumento de que si el sistema internacional de Estados está sujeto a cambios evolutivos y sistémicos, en respuesta al postmodernismo y a las fuerzas de la globalización, entonces las manifestaciones de la guerra también deben de transformarse. La guerra asimétrica es un reflejo de estas permutaciones. En consecuencia, vale preguntarse ¿Cómo se define la guerra asimétrica? ¿Es ésta un nuevo concepto de seguridad? ¿Cuáles son los métodos de la guerra asimétrica? Analicemos la primera pregunta.

## 2.2 Concepciones de Guerra Asimétrica

En la guerra han existido siempre diferencias entre los oponentes. Poner en posición de ventaja a un contendor, sobre el otro, es el resultado de las diferencias imperantes en el campo de batalla. En este sentido, la guerra asimétrica implica cualquier tipo de diferencia empleada durante el combate con el objeto de obtener ventajas sobre el oponente. A pesar de la validez que puedan tener estas premisas, la falta de unificación doctrinal referente al concepto de guerra asimétrica, o de conflictos armados asimétricos, en la literatura de estudios estratégicos, es evidente. No obstante, el aspecto peculiar del término asimétrica es que es un calificativo para la noción de guerra; en otras palabras, el concepto de guerra asimétrica descansa sobre la noción de guerra general, así hipotetizado en el Capítulo I de esta tesis.

Por antonomasia, la guerra asimétrica se opone al de guerra simétrica. Si entonces, la idea tradicional de guerra implica un enfrentamiento violento y prolongado, por medio de la fuerza militar de los Estados, siguiendo patrones estratégicos similares, con el objeto de derrotar o debilitar a las fuerzas del oponente, y cuyo combate está regulado por normas de declaración de guerra, de neutralidad, o las normas del DIH, entonces la idea de guerra asimétrica se opone a ese paradigma convencional. Las asimetrías introducen una nueva dimensión a la guerra contemporánea. El término asimétrica, no tradicional o no convencional, empleado como calificativo de la noción de guerra general, niega el de simetría, o guerra entre Estados, y agrega una nueva dimensión a la violencia organizada; es una guerra entre un Estado y actores no estatales, ejecutada dentro del territorio del Estado que los confronta o, extraterritorialmente, dentro de las fronteras geográficas de otro Estado donde esos actores se esconden. Esta novedad termina con esa correlación nocional westfaliana entre el Estado y su subyacente concepto de guerra tradicional. En otras palabras, la asimetría cuestiona el monopolio del uso de la fuerza militar por parte de los Estados como único medio de derrotar al oponente. Esta metamorfosis en el carácter de la guerra, con elementos de ruptura, denominados por muchos académicos como postmodernos o postwestfalianos, por haber empezado a desarrollarse inclusive antes de 11 de septiembre de 2001,<sup>73</sup> ha sido definida de varias formas. Presentemos algunas de las muchas definiciones para efectos de análisis.

Para McKenzie, la guerra asimétrica “[is] leveraging inferior tactical or operational strength against [a State’s] vulnerabilities to achieve disproportionate effect with the aim of undermining [that State’s] will in order to achieve the asymmetric actor’s strategic

---

<sup>73</sup> Gray, *Post Modern War: The New Politics of War* (Routledge 1997); Jean Marie Kaldor, *New and Old Wars. Organised Violence in a Global Era* (infra nota 166).

objectives”.<sup>74</sup> De acuerdo con Geiss, la guerra asimétrica implica una “disparidad significativa entre los beligerantes, es decir...desigualdad de armamentos...Estas asimetrías [comprometen] el concepto de necesidad militar, que sirve normalmente para justificar el grado de fuerza necesario usado para obtener la derrota militar del enemigo, con una situación en la que una parte en el conflicto carece, desde el comienzo, de toda posibilidad de triunfar por las armas”.<sup>75</sup> Aún más, sugiere Geiss, en el actual entorno estratégico “la parte más débil busca obtener una ventaja comparativa frente a un enemigo militarmente superior [lo que motiva] la reaparición de prácticas prohibidas desde hace tiempo en los conflictos armados, como son los ataques directos contra personas civiles, la toma de rehenes, y el uso de los escudos humanos, y la utilización de esas prácticas como estrategia”.<sup>76</sup>

Münkler, apoyándose en la teoría de Mao Tse-Tung, teórico de la guerra de guerrillas,<sup>77</sup> afirma que la guerra asimétrica “se basa en...las diferentes velocidades con que las partes se combaten: la asimetría de la fuerza radica en una capacidad de aceleración que supera a

---

<sup>74</sup> Kenneth McKenzie, ‘The Revenge of the Melians: Asymmetric Threats and the Next QDR’, (2006) MacNair Paper 62/2006, 3 <<http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ndu/mcnair62.pdf>> accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>75</sup> Robin Geiss, ‘Las Estructuras de los Conflictos Asimétricos’, (2006) 864 International Review of the Red Cross 1, 3 <[http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/776mef/\\$File/irrc\\_864\\_Geiss.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/776mef/$File/irrc_864_Geiss.pdf)> accedido el 3 de mayo de 2012.

<sup>76</sup> Ibid. Asimismo, esta complejidad de problemas de seguridad, en las que el Estado es retado con más frecuencia por otras fuerzas sociales que el Estado mismo, utilizando medios coercitivos no tradicionales, conlleva a que esas entidades y organizaciones internacionales se involucren en conflictos asimétricos, resultando “in the development of a ‘common-risk’ society”; véase Martin Shaw, ‘The Development of a ‘Common-risk’ Society: A Theoretical Overview’ in Jürgen Kuhlmann & Jean Callaghan (Editors) *Military and the Society in the 21st Century Europe* (Lit 1995) 13-26.

<sup>77</sup> Mao Tse-Tung defendía que la guerra de guerrillas se caracteriza por ser un procedimiento “lento, una deceleración del curso de los acontecimientos, [que] brinda la oportunidad de oponer con éxito una resistencia armada a un enemigo que es superior tanto por sus recursos técnicos como por su organización militar...Un aparato militar superior en medios técnicos y en organización tiende a acelerar el curso de la guerra, pues es el mejor medio de hacer valer su superioridad”; citado en Herfried Münkler, ‘Las Guerras del Siglo XXI’ (2003) (849) International Review of the Red Cross 1, 1 <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tedfy.htm>> accedido el 30 de abril de 2012.

la del enemigo, mientras que la asimetría de la debilidad se basa en una disposición y una habilidad para disminuir el ritmo de la guerra. Por lo general esta estrategia acarrea un aumento considerable de víctimas en el propio bando”.<sup>78</sup> Murawiec argumenta que la guerra asimétrica no comprende solamente la guerrilla, ni la guerra del más débil contra el más fuerte sino que, también, abarca a un factor de ruptura tecnológico, estratégico o táctico, es un factor que transforma la idea preconcebida, es la utilización de un punto débil del adversario.<sup>79</sup> En el Diccionario de Términos Militares del Departamento de Defensa de los Estados Unidos se habla de guerra irregular, pero el contenido de la definición realmente hace alusión a guerra asimétrica. La definición propuesta “[is of] a violent struggle among state and non-state actors for legitimacy and influence over the relevant populations. Irregular warfare favours indirect and asymmetric approaches, though it may employ the full range of military and other capabilities, in order to erode and adversary’s power, influence, and will”.<sup>80</sup> De Nevers, clasificando a la guerra asimétrica como una guerra nueva, al considerarla como el tipo de conflicto prevaleciente en años recientes, defiende que “simply put, these are conflicts in which the capabilities of the warring parties are qualitatively different in nature”.<sup>81</sup> En consecuencia, superioridad militar asegura el dominio en el campo de batalla, en términos de armamento sofisticado y sistemas de comunicación, pero motiva a que el oponente más débil recurra a tácticas de guerrilla, o irregulares, en áreas urbanas porque este último actor no puede confrontar al más fuerte.<sup>82</sup> Para Verstrynge la guerra asimétrica, es guerra que se caracteriza ser deslocalizada y

---

<sup>78</sup> Ibid 2.

<sup>79</sup> Véase Laurent Murawiec, *La Guerre u XXI Siecle* (Odile Jacob 2000).

<sup>80</sup> USA Department of Defence, *Dictionary of Military and Associated Terms* (2008) <[http://www.dtic.mil/doctrine/dod\\_dictionary/](http://www.dtic.mil/doctrine/dod_dictionary/)> accedido el 3 de mayo de 2012.

<sup>81</sup> Renee De Nevers, ‘The Geneva Conventions and New Wars’ (2006) 121(3) *Political Science Quarterly* 369, 376.

<sup>82</sup> Ibid.

porque reconfigura el combate, a través del empleo de armas fuertes y difíciles de destruir como, por ejemplo, los voluntarios de la muerte o el terrorismo mesiánico.<sup>83</sup> Verstrynge y Sánchez indican que la guerra asimétrica se refiere “a una diferencia de poderío... abismal” entre el combatiente débil y el fuerte,<sup>84</sup> y que resulta, de acuerdo con Matas, en que “la parte potencialmente de mayor fortaleza trat[e] de conseguir que la lucha discurra en términos clásicos, porque de esta manera tendrá asegurada la victoria; en tanto que la parte más débil, consciente de su impotencia en el terreno militar, tratará de plantear y exportar el conflicto a otros ámbitos al objeto, más que de obtener la victoria, de hacer que el sostenimiento del conflicto no resulte rentable al adversario”.<sup>85</sup> El Departamento de Defensa del Reino Unido mantiene la idea de ataque asimétrico, y por este término se entiende, “actions undertaken by state or non-state parties (friendly or adversary), to circumvent or negate an opponent’s strengths and capitalize on perceived weaknesses through the exploitation of dissimilar values, strategies, organizations and capabilities. Such actions are capable, by design or default, of achieving disproportionate effects, thereby gaining the instigator an advantage probably not attainable through conventional means”.<sup>86</sup> Para Cabrerizo Calatrava, la guerra asimétrica surge cuando el más débil aprovecha las debilidades del más fuerte, recurriendo a tácticas y armas innovadoras, con el objeto de debilitar al más fuerte e impedirle la utilización efectiva de su superioridad convencional, por tanto, adoptando medios de combate diferentes en su concepción y en su

---

<sup>83</sup> Véase, Jorge Verstrynge, ‘Frente al Imperio, Guerra Asimétrica y Guerra Total’ (Foca 2007).

<sup>84</sup> Jorge Verstrynge & Gema Sánchez, ‘Frente al Imperio: Guerra Asimétrica y Guerra Total’ (VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno, marzo de 2003) 189, 204 <[http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso\\_07/area06/GT27/VERSTRYNGE-ROJAS-JorgeYSANCHEZ-MEDERO-Gema\(UCM\).pdf](http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso_07/area06/GT27/VERSTRYNGE-ROJAS-JorgeYSANCHEZ-MEDERO-Gema(UCM).pdf)> accedido el 3 de mayo de 2010.

<sup>85</sup> A. Matas, ‘Los Conflictos Asimétricos’ (2003) Revista de las Armas y de los Servicios del Ejército de Tierra Español, citado en Verstrynge & Sánchez, ibid 204.

<sup>86</sup> United Kingdom Glossary of Joint and Multinational Terms and Definitions, Joint Doctrine Publication 0-01.1 (JDP 0-01.1), June 2006, A-28, available at <<http://mod.uk/DefenceInternet/MicroSite/DCDC/>>.

desarrollo.<sup>87</sup> Bishara sugiere que “la asimetría se refiere a una diferencia de carácter cualitativo en los medios, recursos y estilo de combate empleados por las entidades en conflicto. Cuando una potencia persiste en su búsqueda por mantener una superioridad en el plano castrense, sus enemigos se ven forzados a recurrir a formas no convencionales de combate, y a enfocarse en paliar sus debilidades para explotar mejor aquellas de su enemigo”.<sup>88</sup> Dunlap piensa que los desafíos asimétricos son métodos de lucha no convencionales o baratos, usados para evitar las fortalezas del contrario y explotar sus vulnerabilidades. De manera similar, Tucker afirma que la guerra asimétrica consiste en aprovechar la debilidad del adversario recurriendo a armas y tácticas innovadoras y baratas a la vez, concebidas para debilitar el poder del más fuerte y su capacidad para utilizar eficazmente su superioridad en términos de medios convencionales.<sup>89</sup>

Como podemos observar, las definiciones son innumerables; de hecho, éstas son “[the] latest fashionable big idea”<sup>90</sup> en el pensamiento estratégico actual. Muchas críticas han sido acuñadas contra el calificativo asimétrico, por ejemplo, un ataque a los puntos débiles del enemigo podría ser considerado como buenas tácticas, arte operacional y estrategia<sup>91</sup> o, en contraste, énfasis en el concepto de asimetría podría oscurecer el panorama general de la

---

<sup>87</sup> Antonio Cabrerizo Calatrava, ‘El Conflicto Asimétrico’ (Congreso Nacional de Estudios de Seguridad, Universidad de Granada, 2002) <<http://www.ugr.es/~ceas/Sociedad%20y%20seguridad/CABRERIZO.pdf>> accedido el 30 de Abril de 2012.

<sup>88</sup> M. Bishara, ‘War of the Lords: An Enemy with no forwarding Address’ *Le Monde Diplomatique* citado en Joseph Schrofl, ‘Las Guerras Asimétricas: Frente Invisible’ 88 <<http://www.fundacionpreciado.org.mx/biencomun/bc154/Schroefl.pdf>> accedido el 30 de Abril de 2012.

<sup>89</sup> Charles Dunlap, ‘Preliminary Observations: Asymmetric Warfare and the Western Mindset’, in L.J. Mathews (Editor), *Challenging the United States Symmetrically and Asymmetrically: Can America Be Defeated* (Army War College 1998) 1 <<http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?pubid=2301999>> accedido el 30 de abril de 2012; véase J. Tucker, “Asymmetric Warfare” (Forum for Applied Research and Public Policy 1999) <<http://forum.ra.utk.edu/>> accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>90</sup> Gray, ‘Thinking Asymmetrically in Times of Terror’ (2002) 32 *Parameters* 5, 6 <<http://www.carlisle.army.mil/usawc/Parameters/ArticleIndex.cfm#index2005>> accedido el 28 de abril de 2012

<sup>91</sup> *Ibid* 6.



seguridad de un Estado. No obstante, las definiciones anteriores nos sirven como elemento de apoyo para obtener varias conclusiones:

1. La guerra asimétrica es violenta. La violencia es una característica intrínseca de la guerra. Sin violencia intrínseca e intensa, la guerra asimétrica no sería guerra, sino un disturbio interno del Estado, o cualquier otro problema;
2. La enemistad, la sorpresa, la incertidumbre y el peligro son elementos inmutables de la guerra asimétrica. Esto confirma que la naturaleza de la guerra asimétrica es la misma que posee cualquier otra guerra. La variable es su carácter asimétrico. Asimetría es una forma atípica de conducir la guerra;
3. El término asimétrica, como un descriptor de la noción de guerra, rompe con lo ortodoxo, y hace referencia a estrategias bélicas diferentes. Romper con lo ortodoxo supone fracturar la idea tradicional de guerra como un enfrentamiento armado entre iguales, los Estados, en un campo de batalla definido, lineal o frontal. Debemos estresar aquí que, por 'iguales' nos referimos a varios elementos: a la similitud y equilibrio relativo entre fuerzas armadas similares; a la correlación entre fuerzas y ventaja tecnológica como factores decisivos en asegurar una victoria rápida y evitar bajas o daños desproporcionados y al principio jurídico de igualdad formal entre Estados. Este último factor se refiere a Estados soberanos que se reconocen formalmente como tal y que, en caso de guerra, siguen los principios de las normas humanitarias contenidas en el DIH. La guerra de Las Malvinas es un ejemplo clásico de este tipo de guerra interestatal. En esta guerra, dos Estados soberanos, reclamando sus derechos territoriales sobre las Islas Malvinas, se enfrentaron en 1982 recurriendo a la violencia militarizada de sus fuerzas armadas, para resolver

intereses irreconciliables. Los combatientes, visibles, y debidamente uniformados, lucharon en un campo de batalla concreto utilizando armamento convencional (aviones de guerra, portaviones, submarinos, tropas uniformadas, etc.) y, al mismo tiempo, “desde el inicio de las hostilidades, los dos países manifestaron su compromiso y voluntad de respetar las disposiciones del DIH”.<sup>92</sup> La aceleración de esta guerra, limitada en tiempo y espacio,<sup>93</sup> la clara definición del campo de batalla, la superioridad convencional británica permitió que el Reino Unido obtuviera la victoria militar en diez semanas. Debido a la naturaleza de esta guerra, y el compromiso de las partes de seguir las normas humanitarias del DIH, la protección de la población civil fue un factor distintivo en el desarrollo de las operaciones. El reciente conflicto de agosto de 2008, entre Rusia y Georgia, por Osetia del Sur, también se ajusta a este carácter clásico.

En contraste, la guerra asimétrica es una guerra cualitativamente entre desiguales: entre la fuerza militar de un Estado soberano y actores no estatales. Los actores no estatales no poseen una fuerza militar estructurada. Sin embargo, son capaces de llevar a cabo acciones ofensivas con el objetivo de perseguir un fin político, sea este cambiar las políticas de un gobierno, reconocimiento, etc. La guerra asimétrica implica, entonces, un enfrentamiento entre, por un lado, la violencia desmilitarizada de los actores no estatales, y la violencia militarizada de los Estados. El conflicto entre Israel y Hezbollah el año 2006, o entre Israel y Hamás de 2009 son ejemplos

---

<sup>92</sup> ICRC entrevista con Edmond Corthésy, ‘Conflicto de las Islas Falkland/Malvinas: La Acción del CICR a Favor de los Prisioneros de Guerra’ 3 de marzo de 2007, <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/falklandmalvinas-interview-0407.htm>> accedido el 3 de mayo de 2012. Corthésy fue el Delegado Regional del CICR en Buenos Aires durante el Conflicto del Atlántico Sur y dirigió las acciones humanitarias desde el continente.

<sup>93</sup> Sylvie Junod, ‘La Protección de las Víctimas del Conflicto Armado de las Islas Falkland-Malvinas’ (CICR 1990) <<http://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/junod-malvinas-reciclado2012.pdf>> accedido el 3 de mayo de 2012.

típicos de conflictos asimétricos. Debido a que este tipo de conflicto es el punto neurálgico de esta tesis, los mismos serán analizados más adelante;

4. La disparidad de fuerzas, y a las diferencias de tamaño entre los oponentes, son motivo para que el contendor más débil, que se encuentra en una posición de autodefensa, o bajo ataque, recurra a la explotación de las vulnerabilidades del más fuerte;
5. Si en la guerra asimétrica, a como afirma Skelton, los contendores actúan, piensan, y se organizan de manera distinta para maximizar sus propias ventajas, con el fin de “explotar las debilidades del adversario, obtener la iniciativa y lograr una mayor libertad de acción”<sup>94</sup> entonces, para burlar y debilitar al más fuerte debe de hacerse con formas de combate no directas en un campo de batalla difuso y no frontal, elegido por el más débil.
6. Si el fundamento de la guerra asimétrica es negar las ventajas militares y explotar las vulnerabilidades extremas del oponente más fuerte, antes que buscar enfrentamientos directos, entonces, atacar los llamados objetivos suaves utilizando las formas no convencionales de guerra debe de causar mayor destrucción, y desequilibrio para el opositor. Esta situación, a como veremos más adelante, compromete el principio de proporcionalidad y distinción el del DIH.
7. Si la guerra asimétrica se caracteriza por la “diferencia abismal de poder” entre los contendores, y la utilización del medio físico y capacidades militares en formas atípicas, entonces, el resultado lógico de esta “reconfiguración aritmética del combate”<sup>95</sup> afecta el tipo y calidad de armas utilizadas en el combate,<sup>96</sup> y se muestra

---

<sup>94</sup> Ike Skelton, ‘Lecciones para Conflictos Asimétricos’ (2002) 81(2) Military Review 1, 2.

<sup>95</sup> Verstrynge & Sánchez, ‘Frente al Imperio: Guerra Asimétrica y Guerra Total’ (supra nota 84).

en la erosión o desgaste del poder del adversario más fuerte por parte del más débil.

En una guerra asimétrica se emplean armas no convencionales contra convencionales;

8. Si ganar significa evitar que el contendor con mayor capacidad militar convencional gane la guerra, entonces, la deceleración del conflicto, la sorpresa, la incertidumbre y lo inesperado son factores relevantes para atacar las vulnerabilidades del oponente superior. Esta situación podría motivar a que el contendor más fuerte se comporte asimétricamente y, por ende, multiplicando la violencia;
9. Finalmente, un conflicto asimétrico moldeado por rupturas, disparidades y disimilitudes entre los contendores, en el campo tecnológico y militar, exagera las asimetrías en el teatro de las confrontaciones. Por un lado existe, de forma paradójica, un actor que emplea armas de alta precisión y que busca teóricamente evitar daños colaterales, reducir sus bajas y usa sistemas de vigilancia que le permiten vigilar y localizar al enemigo con más facilidad y, por tanto, reaccionar con más rapidez y, por otro, una parte difusa que busca prevalecer causando un alto número de muertes, y evita ser identificada para no ser objeto de ataque directo del beligerante más fuerte. Para prevalecer o sobrevivir, sin duda alguna, el opositor más débil, recurre a este tipo de guerra de desgaste empleando tácticas atípicas, cambiando el centro de gravedad militar por otros que son ilegales en el DIH, comprometiendo el principio de distinción y de proporcionalidad.

---

<sup>96</sup> José Luis Doménech Omedas sugiere que “las armas ligeras y portátiles...junto con la biotecnología, cuya implementación militar y terrorista, constituirán...los retos a los que nos enfrentaremos en el presente siglo...”; véase Doménech Omedas, ‘La Protección de la Población Civil ante el Uso de Determinadas Armas Pequeñas: Minas, Residuos Explosivos y Armas Portátiles y Ligeras’ en José L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.)(supra nota 20) 40-50.

La guerra asimétrica es una guerra en la que, debido a la diferencia de poder, un actor no estatal cualitativamente disímil, débil y difuso, desgasta poco a poco al contendor más fuerte, a través de un proceso de deceleración de la violencia desmilitarizada y el uso de métodos y medios atípicos de combate. El rasgo distintivo de este tipo de guerra radica en que el combatiente inferior logra, por lo general, derrotar a su adversario,<sup>97</sup> simplemente por no permitirle que gane.

Dentro del contexto de estas consideraciones, es ahora de trascendencia cuestionarse si la guerra asimétrica es un nuevo concepto de seguridad. La importancia de este cuestionamiento se desprende del hecho de que, este carácter de la guerra rompe con las reglas de juego tradicional imperantes en el mundo occidental actual, en consecuencia, merece su atención.

### 2.3 La Guerra Asimétrica: ¿Un Nuevo Concepto de Seguridad?

El fenómeno de que el más débil logra derrotar al contendor más fuerte es tan antiguo como la guerra misma. En cada época, desde la pre-moderna hasta la época actual, ya sea por decisiones deliberadas, desesperación de los beligerantes, o por estrategia *per se*, el más débil ha utilizado la sorpresa, tácticas innovadoras, tecnología diferente, o, lo que muchos estrategias consideran violaciones a la ética militar para derrotar al enemigo más fuerte. En ocasiones, esta situación se debía a que los opositores provenían de tradiciones militares diferentes, cada uno combatiendo de la forma en que comprendía la guerra.

El ejemplo más temprano de un enfrentamiento asimétrico es encontrado en el Viejo Testamento, en la pelea sostenida entre David y Goliat. De acuerdo con esta narrativa, “el

---

<sup>97</sup> Sebastian Haffner, *Der neue Krieg, Mao Tse-tung, Theorie des Guerillakrieges oder Strategie der Dritten Welt*, Rowohlt, (1966) 5 citado en Schrofl ‘Las Guerras Asimétricas: Frente Invisible’ (supra nota 88) 88.

rey Saúl, temeroso de encontrarse con las colosales...invencibles fuerzas de los filisteos con sus gigantes tremebundos, había sido incapaz de derrotarlas. Como ningún soldado estaba dispuesto a afrontar al gigante Goliat, el campeón de los filisteos..., David aceptó el desafío. Con su honda, arroja una piedra que dio en la frente del gigante, y éste se desplomó boca abajo en la tierra. David corrió hasta él, sacó la espada de Goliat de su vaina, lo hirió con ella y después le cortó la cabeza. Presas del pánico, los soldados filisteos huyeron... [Por tanto, en esta contienda] se cuestiona la desigualdad de los combatientes; un civil...se trabó en combate, y el espantoso acto de decapitar al adversario hizo cundir el pánico y permitió ganar la batalla”.<sup>98</sup> Es evidente que esta historia demuestra el triunfo del más débil sobre el más fuerte o, expresado en términos militares, la victoria de la habilidad y lo planeado, sobre la fuerza bruta.

La Guerra del Peloponeso en la antigua Grecia es otro ejemplo históricamente significativo de asimetría en un conflicto armado (a pesar de que la misma se llevó a cabo entre dos Estados). Peleada durante 27 años en el siglo V A.C., entre Atenas, una democracia y, Esparta, una oligarquía, la guerra llegó a ser un conflicto entre fuerzas disimilares, donde cada bando atacaba las debilidades del enemigo y, en particular, donde el más débil evitaba el combate directo y decisivo. Esparta poseía superioridad terrestre pero no poseía la fuerza naval predominante de Atenas; en consecuencia, Esparta evitaba confrontaciones navales, mientras que Atenas usaba el combate abierto en tierra debido a la superioridad espartana. Las murallas de la ciudad de Atenas fueron protección para sus habitantes. No obstante, la ciudad, convertida en un campo superpoblado de refugiados, fue causa para que en ella se

---

<sup>98</sup> Tony Pfanner, ‘La Guerra Asimétrica desde la Perspectiva de la Acción y el Derecho Humanitario’ (2005) (8) (857) *International Review of the Red Cross* 149, 149  
<<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6E3LH82005>> accedido el 3 de mayo de 2012.

desatara una plaga en el año 430 A.C. y que devastaría a la población ateniense. Para Atenas, entonces, fue muy difícil de construir una fuerza terrestre capaz de desafiar a la fuerza espartana.<sup>99</sup> Como resultado de estos acontecimientos, defiende Hanson, la Guerra del Peloponeso no fue una guerra en la que las batallas directas eran la forma regular de combatir, sino más bien que, fue una guerra peleada por medios no convencionales, utilizando ataques de sorpresa ejecutados por combatientes que hacían del desarmado más débil una presa fácil.<sup>100</sup> Así, el conflicto de infantería pesada fue sustituido por ataques de sorpresa ejecutados por no infantes, el engaño, criminales sin arsenal y, escuadrones de la muerte, que operaban clandestinamente durante la noche contra los atenienses.<sup>101</sup> Los espartanos, llenos de mercenarios y reduciendo a la esclavitud a miles de atenienses, saqueaban las minas de plata, perpetraban ataques anfibios contra los atenienses al mismo tiempo que asesinaban a la tripulación de sus barcos mercantiles. Los atenienses, por otro lado, asesinaban a los diplomáticos espartanos mientras que atacaban a la costa del Peloponeso, donde precisamente los espartanos eran vulnerables.<sup>102</sup>

No hay duda de que la violencia asimétrica era una característica de las guerras griegas de esa época. El hecho de que el conflicto persistiera muchos años, y de que no se utilizara un ejército regular diseñado para obtener resultados en un enfrentamiento intenso, y corto, apoya la tesis de que el conflicto debía ser peleado por medios no convencionales. En otras palabras, la violencia asimétrica fue un producto entre Estados pero tácticas de terror,

---

<sup>99</sup> Derek Leebaert, *To Dare & to Conquer: Special Operations and the Destiny of Nations, From Achilles to Al Qaeda* (Little Brown & Company 2006). Muchos investigadores deletrean la palabra Al Qaeda de diferentes maneras. En esta investigación se usa Al Qaeda sin deseos de menoscabar otros usos.

<sup>100</sup> Victor D. Hanson, *A War Like no Other: How the Athenians and Spartans Fought the Peloponnesian War* (Random House 2005) capítulo 3.

<sup>101</sup> Ibid; Peter Krentz, 'Deception in Archaic and Classical Greece Warfare' in H. Wees (Editor), *War and Violence in Ancient Greece* (Duckworth 2000) 167-200.

<sup>102</sup> Leebaert, *To Dare & to Conquer: Special Operations and the Destiny of Nations, From Achilles to Al Qaeda* (supra nota 99).

ejecutadas por auxiliares para suplementar los esfuerzos de las fuerzas convencionales de la infantería, fueron la norma.<sup>103</sup>

Los dos ejemplos antes citados nos sirven para demostrar que la guerra asimétrica no es un fenómeno nuevo. La historia militar está llena de ejemplos de asimetría empleada en conflictos armados. Así, “[the German] storm troop assault tactics that broke the trench-line stalemate as a result of the airplane during the World War I [and] the panzer blitzkrieg through France in World War II”<sup>104</sup> fueron operaciones de desgaste y tácticas atípicas que iban acompañadas de “infiltration at various points using speed and panache bypass[ing] enemy strength and attempt[ing] to bring about, mainly thorough a shock effect, a collapse of the enemy’s cohesion and will to fight”.<sup>105</sup> Estas tácticas, peculiares por su aceleración, fueron empleadas con el objeto de desgastar la voluntad de pelea y derrotar al enemigo desde adentro. También, las tácticas empleadas durante la Guerra de Vietnam fueron denominadas como guerra de guerrillas, y sirvieron para demostrar que, en este caso, el poder militar relativo del más fuerte -Los Estados Unidos- no es necesariamente un elemento confiable de predicción relativo a los resultados de una guerra. Ahora bien, si la guerra asimétrica no es un problema estratégico o de seguridad nuevo, entonces, ¿por qué ha llegado a ser el vocablo militar de moda, o el concepto *du jour*,<sup>106</sup> tanto que, informa y

---

<sup>103</sup> John Mackinlay, ‘Defeating Complex Insurgency: Beyond Iraq and Afghanistan’ (2006) Royal United Services Institute for Defense and Security Studies, Whitehall Paper 64/ 2006 1, 1-146

<sup>104</sup> David L. Grange, ‘Asymmetric Warfare: Old Method, New Concern’ (2000) National Strategy Forum Review, < [http://blackboard.jfsc.ndu.edu/html/jfscPublications/assets/docs/cam\\_grange.pdf](http://blackboard.jfsc.ndu.edu/html/jfscPublications/assets/docs/cam_grange.pdf)> accedido el 3 de mayo de 2012.

<sup>105</sup> Rod Thornton, *Asymmetric Warfare: Threat and Response in the Twenty-First Century* (Polity Press 2007) 154.

<sup>106</sup> Vincent J. Goulding, ‘Back to the Future with Asymmetric Warfare’ (2000) 30(4) Parameters 21, 21 <<http://www.carlisle.army.mil/usawc/Parameters/ArticleIndex.cfm#index2000>> accedido el 29 de abril de 2012.



moldea la política de seguridad y defensa de muchos Estados, principalmente de los Estados Unidos y los de Europa Occidental?

Existen cuatro factores que debemos tomar en cuenta para responder a este planteamiento. En primer lugar, el predominio estratégico de la guerra asimétrica varía de acuerdo a situaciones de carácter sistémico del sistema internacional. En otras palabras, la alta probabilidad de una mayor confrontación entre las grandes potencias reduce la importancia significativa de la guerra asimétrica. Contrariamente, podría afirmarse que cuando las posibilidades de una guerra simétrica entre las grandes potencias son limitadas o, cuando en la estructura internacional del poder existe solo una superpotencia, como en el caso actual de los Estados Unidos, el desbalance de poder resulta en asimetría. También, cuando el conflicto armado es intraestatal, las asimetrías incrementan su significación estratégica. Estos primeros elementos explican por qué la guerra asimétrica es predominante en el ámbito actual de la seguridad.<sup>107</sup>

El segundo factor que explica el resurgimiento del concepto en la literatura estratégica, es la interrelación entre el denominado síndrome de Vietnam y la llamada guerra sin víctimas. El síndrome de Vietnam se refiere a la reticencia de la opinión pública, de las democracias occidentales, a apoyar el uso de la fuerza militar en conflictos armados que no amenazan directamente la seguridad de esos Estados. La experiencia de Vietnam no ha desaparecido de las páginas de la historia debido al alto número de bajas militares y costo humano sufrido por los Estados Unidos. La cada vez creciente presión de no tolerar un alto número de muertes, o de reducirlas al mínimo, porque la opinión pública de las democracias

---

<sup>107</sup> Steven Metz, 'Asymmetric Warfare and the Future of the West' (2003) 1 *Politique Etrangère* 25, 26 <[http://www.ifri.org/files/politique\\_etrangere/PE\\_1\\_2003\\_METZ\\_ENG.pdf](http://www.ifri.org/files/politique_etrangere/PE_1_2003_METZ_ENG.pdf)> accedido el 3 de mayo de 2012.

occidentales no legitimaría una guerra, ha conllevado al desarrollo de la denominada guerra sin víctimas. Así, la capacidad de proyección de poder entre las fuerzas tecnológicamente superiores de Occidente ha facilitado la victoria en ciertas guerras recientes, con un mínimo de bajas militares y de daños colaterales. Entonces, es de esperarse que la tolerancia cero, y la violencia simétrica sean hasta cierto punto compatibles. Para ejemplificar este argumento, se podría afirmar que, desde la perspectiva OTAN, este tipo de guerra fue la llevada a cabo en 1999, en Kosovo en la Antigua Yugoslavia. Las fuerzas de la OTAN emplearon su superioridad tecnológica, y ejecutaron bombardeos a gran altitud, sin comprometer tropas terrestres, para reducir el riesgo de bajas a un mínimo posible.

No obstante, la guerra sin víctimas y la guerra asimétrica son mutuamente excluyentes. Esta exclusión se observa en dos tipos de relación. En la primera relación es de esperarse, que el actor más débil esté familiarizado con el hecho de que las democracias deben de combatir tomando en cuenta los riesgos en los que incurren, o que poseen un bajo nivel de tolerancia para sostener una guerra, porque deben de sostener el apoyo de la opinión pública por las razones antes expuestas. Esta humanización de la guerra es un punto vulnerable de Occidente porque el oponente más débil, al no ser responsable frente a la opinión pública, tendrá como objetivo evitar que la guerra se convierta en un manejo humanitario de la crisis. Por tanto, desacelerar la guerra, y causar el mayor número de muertes y destrucción son acciones de coacción necesarias para desgastar al enemigo, “[and] to compel a target government to change policy”.<sup>108</sup> En este contexto, “en 1982, en su campaña para retomar

---

<sup>108</sup> Gil Merom, *How Democracies Lose Small Wars: State, Society, and Failures of France in Algeria, Israel in Lebanon, and the United States in Vietnam*, (Cambridge University Press 2003) 21, 27; Robert Pape sugiere que las democracias tienen menos tolerancia para las guerras que cualquier otro régimen, se restringen más en el uso de la fuerza respetan más a no combatientes, por tanto son un blanco fácil de la violencia simétrica, citado en Merom, *ibid* 21.

las Islas Falklands/Malvinas, el destacamento especial británico sufrió entre sus militares 256 bajas y 777 heridos, de un total de fuerza movilizada de 9.500 hombres.... Fue algo tolerado por el público británico, quizás porque se pensó que estaban en juego los intereses del país. Pero habría sido menor la tolerancia en la Guerra del Golfo de 1991, o en el conflicto de Kosovo en 1999, pues ninguno de los dos afectaba directamente al pueblo británico. En realidad, hubo pocos muertos y heridos: 17 británicos muertos en batalla en el Golfo... y... ninguno en Kosovo...”<sup>109</sup>

La segunda relación mutuamente excluyente entre la guerra sin víctimas y la guerra asimétrica es el empleo necesario de alta tecnología y armas de gran precisión, evitando desplazar soldados a la zona de guerra con el objeto de esquivar bajas y reducir el riesgo de daños colaterales. El consecuente resultado de la indesafiante superioridad tecnológica de Occidente es el cambio de reglas del juego por el más débil, con el fin de prevalecer en el teatro de las confrontaciones. La tecnología militar exagera las asimetrías en el campo de la guerra. De esta forma, “While [the West] militarily push[es] toward high-tech, low casualty combat, [asymmetric] war go the opposite direction-toward brutal neighbour-on-neighbour killing, carried out by ragtag collections of citizens-warriors...”<sup>110</sup> quienes, para evitar ser localizados, a como Matas indica, buscan dispersar sus fuerza y diluirse con la población civil, beneficiándose de los daños colaterales causados por el oponente más fuerte, y de objetivos no militares como la opinión pública -que esté en contra de la guerra- para destruir al más fuerte desde adentro.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Antony P.V. Rogers, ‘Una Guerra sin Víctimas’ (2000) 838 International Review of the Red Cross 165, 168 <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnzd.htm> > accedido el 3 de mayo de 2012.

<sup>110</sup> Larry Seaquist, ‘Community War’ (2000) 128(3) Proceedings 53 <[http://www.dnipogo.org/fcs/seaquist\\_community\\_war.htm](http://www.dnipogo.org/fcs/seaquist_community_war.htm) > accedido el 3 de mayo de 2010.

<sup>111</sup> Matas, ‘Los Conflictos Asimétricos’ (supra nota 85) 203.

El tercer factor que explica la relevancia actual de la guerra asimétrica, como concepto de seguridad, es que para Occidente la guerra es la última instancia para solucionar un conflicto de intereses, mientras que para los actores no estatales, no teniendo nada que perder, la guerra es usual. Esto explica por qué la mayoría de los conflictos desencadenados en el sistema internacional de la Post-guerra Fría son asimétricos<sup>112</sup> y, que por su carácter, tratan de tomar ventaja en el poder de la difusión de la información, distorsionada, a través de la radio, el internet e imágenes en la televisión. Así, por un lado, “in relation to the battle space, information power acts as a force multiplier across the spectrum of military activities...Securing some...control of the info sphere will help...enable accurate a timely logistics and good reconnaissance of the battlefield...enhanc[ing] the effectiveness of firepower...with precision strikes”.<sup>113</sup> Pero por otro lado, “for an actor facing a conventionally superior force, information power may provide the means to engage in asymmetric strategies. These may include information denial, political warfare campaigns or cyberterror”<sup>114</sup> las cuales, por su naturaleza, tienen implicaciones globales.

El último factor explicativo del resurgimiento de la guerra asimétrica como concepto de seguridad es el siguiente: no es nada nuevo de que el enemigo más débil sepa como mitigar la superioridad táctica y tecnológica del más fuerte, a través de una organización difusa, variaciones en sus operaciones, dispersión, camuflaje y engaño, resistencia superior, manipulación de la infoesfera y explotación de la sensibilidad occidental a no tolerar un alto número de víctimas. Sin embargo, los conflictos asimétricos previos a la caída del

---

<sup>112</sup> Es una forma recurrente de desorden en el sistema internacional; véase Michael Mandelbaum, *The Case for Goliath: How America Acts as the World's Government in the 21<sup>st</sup> Century* (Public Affairs 2006), capítulo 1 (sociedad).

<sup>113</sup> David J. Lonsdale, *The Nature of War in the Information Age: Clausewitzian Future* (Routledge 2003) 189.

<sup>114</sup> Ibid.

Muro de Berlín no produjeron resultados tan dramáticos como los actuales, tanto que han cambiado la escena geopolítica mundial,<sup>115</sup> especialmente después del 11 de setiembre de 2001. En efecto, dentro del nuevo ambiente estratégico, las asimetrías de la guerra son un ícono que no se ajusta al concepto occidental de guerra porque esas asimetrías se reflejan en ataques terroristas, la infoesfera, ataques contra la infraestructura civil, o por el uso de armas prohibidas por el derecho de guerra”<sup>116</sup> que el más débil usa, cada vez que se enfrenta con el más fuerte. Además, la familiaridad global con el peligro que representa el terrorismo, unido a la información publicada sobre las vulnerabilidades occidentales, ha alimentado el mal endémico de la guerra asimétrica. Los ataques terroristas en Nueva York, Londres, Madrid, Bali, el genocidio cometido Sudán por la milicia Janjawad a partir de 2003, la muy reciente guerra entre Israel y los actores palestinos no estatales como Hamás (2008), el conflicto entre los Estados Unidos y Al Qaeda en Afganistán, sirven para demostrar que cada vez hay más actores no estatales involucrados en la guerras asimétricas, y las cuales modifican el campo de batalla tradicional y transfieren el foco de la violencia hacia el individuo. El Estado aún permanece como el centro principal del sistema global del orden internacional; pero, el nuevo competidor por el uso de la fuerza aprovecha la porosidad de sus fronteras, generada por las fuerzas de la globalización, para realizar la guerra desde adentro, escondiéndose dentro de sus fronteras territoriales, para desde ahí

---

<sup>115</sup> Efectivamente, los alemanes, por ejemplo, demostraron gran habilidad de dispersión durante la Segunda Guerra Mundial. Para este aspecto ver, por ejemplo, Richard J. Overy, *The Air War 1939-1945* (Potomac Books Inc. 2005); Mark Clodfelter, *The Limits of Power* (Free Press 2005) presenta un análisis profundo sobre las campañas de interdicción en Vietnam en; Benjamin S. Lambeth, *NATO's Air War for Kosovo, A Strategic and Operational Assessment* (Rand 2001) sostiene que estas tácticas se han refinado en conflictos recientes; Robert Scales, 'Adaptive Enemies, Dealing with the Strategic Threat after 2010' (1999) (27)(1) *Strategic Review* 5, 5-14 concurre con Lambeth.

<sup>116</sup> El éxito obtenido por la superioridad militar y tecnológica de los aliados en la Operación Tormenta del Desierto definitivamente demostró que futuros enemigos de Occidente, relativamente débiles, tratarán de burlar su supremacía tecnológica, y de combatir en formas que no se ajustan a los convencionales; véase Lawrence F. Freedman, 'The Third World War?' (2001-2) 43(4) *Survival* 61, 61-88.

atacar por sorpresa. Este tipo de operaciones vulnera los intereses nacionales e internacionales de seguridad de los Estados. La vulnerabilidad es debida a que los actores no estatales operan extraterritorialmente, cuestionan el manto de poder y gobernación que ha correspondido a los Estados desde el nacimiento del sistema internacional. La consecuencia de estas contraposiciones de intereses son forzosamente los conflictos asimétricos.

Esencialmente “desde el punto de vista geopolítico y estratégico...puede argumentarse que existe un estado de guerra desde el momento en que organizaciones que operan en el plano mundial pueden amenazar y destruir los cimientos del orden mundial por la inédita magnitud y los efectos de sus actos de violencia”.<sup>117</sup> A pesar de que estos cambios geopolíticos han forzado a Occidente a reconfigurar las fuerzas militares y sus objetivos, de acuerdo las complejidades del nuevo ambiente estratégico, y a pensar asimétricamente para poder proyectar el poder militar en un teatro de operaciones difuso, los métodos y medios empleados en la guerra asimétrica postmoderna aún son un reto para los Estados, el orden internacional y para el entendimiento del conflicto armado asimétrico mismo. Tomando en consideración estos elementos, una mirada más de cerca a los llamados métodos y medios de la guerra asimétrica es aconsejable, en particular “if we want to talk about particularly dangerous weapons, vulnerabilities, or different tactics, we are better served by addressing, for example, particular weapons of mass destruction, the absence of defence against long-range ballistic missiles, or the rise of suicide hijacking or terrorism”.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Pfanner, ‘La Guerra Asimétrica desde la Perspectiva de la Acción y el Derecho Humanitario’ (supra nota 98) 155.

<sup>118</sup> Steven Lambakis, *et. al.*, ‘Understanding “Asymmetric” Threats to the United States’ (USA National Institute for Public Policy 2002) 32 <<http://www.missilethreat.com/repository/doclib/20021000-NIPP-asymmetricthreats.pdf>> accedido el 3 de mayo de 2012.

## 2.4 Los Métodos y Medios de la Guerra Asimétrica

### 2.4.1 Principios que Restringen los Métodos y Medios de Guerra

No hay duda que, el resurgimiento de la guerra asimétrica “[has] coincided with a collective attempt to recover [strategically and] intellectually from a extreme strategy of inflicting widespread and indiscriminate destruction,”<sup>119</sup> y, para lo cual, la protección de la población civil frente a la violencia armada es fundamental en el DIH. De hecho, “la acción armada se configura a través de tres elementos: El sujeto combatiente, los objetivos militares y los medios (armas) y métodos (procedimientos) utilizados. El DIH basa su sistema de protección a la población civil en la regulación jurídica de los elementos citados, sobre la base de considerar a los combatientes y a los objetivos militares como únicos sujetos activos y pasivos de los ataques armados, mediante la formulación del principio de distinción, y, por otra parte, mediante la prohibición o restricción del empleo de determinadas armas y métodos de guerra”.<sup>120</sup> Esta sugerencia de Doménech Omedas,<sup>121</sup> consuetudinariamente establecida en el DIH, se basa en la idea de que las partes en un conflicto armado no poseen el derecho ilimitado de escoger los métodos y medios de llevar a cabo una guerra. En consecuencia, las restricciones a los métodos y medios de combatir han sido establecidas sobre la base de otros tres principios humanitarios. El primer principio es el de sufrimiento innecesario, contenido en la Declaración de San Petersburgo de 1868. De acuerdo con este instrumento jurídico “la única finalidad que los Estados deben de proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del

---

<sup>119</sup> Lambakis, ‘Reconsidering Asymmetric Warfare’, (2004) 36 Joint Force Quarterly 102, 107. <[http://www.dtic.mil/doctrine/jel/jfq\\_pubs/1736.pdf](http://www.dtic.mil/doctrine/jel/jfq_pubs/1736.pdf)> accedido el 3 de mayo de 2012.

<sup>120</sup> Doménech Omedas ‘La Protección de la Población Civil ante el Uso de Determinadas Armas Pequeñas: Minas, Residuos Explosivos y Armas Portátiles y Ligeras’ (supra nota 96) 50-51.

<sup>121</sup> Ibid.

enemigo; que a este fin, basta con poner fuera de combate al mayor número posible de hombres”.<sup>122</sup> Es evidente que bajo este principio, la restricción impuesta no es absoluta, sino que, es solo restringida a los métodos y medios de hacer una guerra que causan sufrimiento superfluo, y que no poseen ningún propósito militar, por ejemplo la destrucción de la infraestructura civil.

El segundo principio humanitario es el de discriminación, que regula el uso de los métodos o medios de hacer una guerra, y que no pueden ser dirigidos contra objetivos militares específicos, cuando en el ataque no se distingue entre la población civil y los objetivos militares. En otras palabras, un método o medio de guerra que inherentemente no distingue entre la población civil y un objetivo militar, incluyendo el Artículo 51 (5) (a) del PAI de las Convenciones de Ginebra, el cual regula que “los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil”<sup>123</sup> es ilegal. Por ejemplo, los ataques iraquíes con misiles Scud, lanzados contra ciudades israelíes, durante la Guerra del Golfo Pérsico en 1991, violaron este principio. La reciente guerra entre Hamás e Israel de 2008 parecen asimismo violar este principio; Hamás, lanzando cohetes contra ciudades israelíes, e Israel contraatacando y causando devastación en infraestructura civil en la franja de Gaza, y donde más de mil de civiles murieron.

---

<sup>122</sup> Declaración de San Petersburgo de 1868 con el Objeto de Prohibir el Uso de Determinados Projectiles en Tiempo de Guerra.

<sup>123</sup> PAI, Art. 51 (5) (a).



El tercer principio, de perfidia o traición, prohíbe el empleo de métodos irregulares, indirectos o difusos de guerra, que ponen en peligro a la población civil, y a otras personas protegidas por el DIH, y que, por ejemplo, sanciona el uso del emblema de la Cruz Roja para escudarse de un ataque. Este principio está estipulado en el Artículo 37 del PAI a las Convenciones de Ginebra, el cual regula que “queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes: a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición; b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad; c) simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y d) simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto”.<sup>124</sup>

Para diferenciar a la perfidia de otros actos de “traición” legítimos empleados en la guerra, el PAI también establece que “no están prohibidos los estratagemas. Son estratagemas los actos que tienen por objeto inducir a error a un adversario o hacerle cometer imprudencias en un campo de batalla lineal, pero que no infringen ninguna norma de derecho internacional aplicable en los conflictos armados, ni son pérfidos ya que no apelan a la buena fe de un adversario con respecto a la protección prevista en ese derecho. Son

---

<sup>124</sup> PAI, Art. 37.

ejemplos de estratagemas los actos siguientes: el camuflaje, las añagazas, las operaciones simuladas y las informaciones falsas”.<sup>125</sup>

Estas tres normativas humanitarias, han probado ser una medida para juzgar el uso de métodos y medios de combate empleados durante una guerra; ciertamente implementables en una guerra convencional, donde en un campo de batalla lineal, dos ejércitos regulares se enfrentan, utilizando tecnología de precisión y poder de fuego similar, con el objeto de destruir las capacidades militares del enemigo, evitando al máximo víctimas, y donde la guerra y la paz, la victoria y la derrota son más fáciles de identificar. Sin embargo, este escenario contrasta con el complejo y múltiple entramado de factores involucrados en la guerra asimétrica. Debido a que, este carácter de la guerra no se desarrolla de forma lineal, los retos que ésta presenta no son solo tecnológicos y conceptuales. Así, en la guerra asimétrica, la noción de guerra y la paz no son fácilmente delineadas, el enemigo es mutable y el éxito no depende de la destrucción del enemigo sino que saliéndose del campo de maniobra del oponente más fuerte. En consecuencia, el combate no toma lugar en un campo de batalla convencional sino que dentro de un ambiente civil complejo. Este ambiente estratégico nutre el uso de métodos y medios de combate no ortodoxos, empleados en una guerra asimétrica.

#### 2.4.2 Características de Métodos y Medios de la Guerra Asimétrica

Los métodos y medios de combate postmodernos empleados por actores débiles para explotar las vulnerabilidades del contendiente más fuerte son atípicos y su éxito depende teóricamente de, al menos, de tres factores:

---

<sup>125</sup> Ibid.

1. Si el contendiente más débil se encuentra en una posición de autodefensa, o de ataque, entonces este actor recurrirá a métodos o medios de ataque no convencionales para prevalecer en el teatro de las operaciones (atacar por sorpresa y esconderse), o selecciona campos de batalla donde el beligerante más fuerte es el más débil (enfrentarse en áreas urbanas);
2. Si el beligerante más débil se encuentra en una posición de agresión, y para defenderse o atacar, recurre a métodos o medios ilegales bajo el DIH, su éxito dependerá del hecho de que el más fuerte se restrinja de asistir a métodos o medios asimétricos para contraatacar;
3. Sea que el más débil se encuentre en una posición de autodefensa o agresión, los métodos o medios deben involucrar armas y procedimientos que no solo traerán consecuencias desproporcionadas sino que, también, el más fuerte encontrará difícil de usar, aún cuando esos métodos sean medios eficaces de combatir al más débil.

A estas tres bases tácticas es necesario agregar una caracterización adicional de los métodos y medios de combate asimétrico. Los métodos o medios de combate asimétrico se caracterizan por ser inusuales (toma y tortura de rehenes, decapitar a un no combatiente), irregulares (son ilegales bajo el DIH), incomparables (en términos de capacidades y de la forma tradicional de ejecutar la violencia, por ejemplo, chocar un avión contra edificios), usados como palancas contra las posesiones de un Estado (ataques a embajadas) y difíciles de responder a los mismos puesto que sus efectos son desproporcionados (por ejemplo

terrorismo).<sup>126</sup> Es evidente que, el objetivo de los mismos es liberar una guerra sin cuartel para desgastar al contendiente más fuerte por vías no militares.

De acuerdo con Schelling y Pape es teóricamente posible que el más fuerte, utilizando tecnología de precisión y poder aéreo estratégico desgaste la capacidad de combate del adversario, si busca interrumpir suministros, demoler su sistemas de comunicación como puentes, carreteras, aeropuertos o edificios. Si estas acciones, sostienen estos expertos, fueran permitidas sin matar a no combatientes, las mismas serían consideradas como una forma de combate directo.<sup>127</sup> El problema es que este tipo de infraestructura civil, y la población civil es usada “como cobertura y base logística para dirigir ataques contra un aparato militar superior”,<sup>128</sup> por tanto, utilizándose asimétricamente de forma efectiva durante una guerra, sin respetarse el principio de distinción.

En efecto, los métodos o medios de ataque asimétricos son deliberadamente usados contra no combatientes por fuerzas armadas irregulares, como paramilitares, señores de la guerra, grupos o redes de terroristas, “no consolidado[s] en un área geográfica determinada, camuflad[os] entre la población inocente”,<sup>129</sup> así, violando los principios normativos del DIH que prohíben el uso de ciertos métodos o medios de guerra. Aún más, debido a esta táctica de difusión y a violaciones del principio de distinción entre combatientes y no combatientes, con el uso de métodos o medios asimétricos de ataque, todos son potencialmente objetivos.<sup>130</sup> Como resultado a estas violaciones al principio de distinción,

---

<sup>126</sup> Lambakis, ‘Reconsidering Asymmetric Warfare’ (supra nota 119) 104.

<sup>127</sup> Véanse T. Schelling, *Arms and Influence* (Yale University Press 1996); Robert Pape cited in Theodor Meron, *How Democracies Lose Small Wars: State, Society, and Failures of France in Algeria, Israel in Lebanon, and the United States in Vietnam* (supra nota 108).

<sup>128</sup> Münkler, ‘Las Guerras del Siglo XXI’ (supra nota 76) 8.

<sup>129</sup> Verstrynge & Sánchez, ‘Frente al Imperio: Guerra Asimétrica y Guerra Total’ (supra nota 84) 207.

<sup>130</sup> Michael Waltzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (Basic Books 2000).

el contraatacante tiende a herir o matar o civiles, y otros no combatientes, durante los enfrentamientos, situación que tiende paradójicamente a estimular la capacidad de resistencia del actor más débil. Debemos del mismo modo indicar que, con el empleo de métodos o medios asimétricos se sacrifican valores como el territorio, población o recursos por el valor del tiempo. En efecto, los conflictos armados asimétricos toman más tiempo para resolverse (lo que Verstrynge & Sánchez denominan ausencia de plazos),<sup>131</sup> especialmente si los beligerantes más débiles tienen continuo acceso a refugio y apoyo de las sociedades donde operan.<sup>132</sup>

La ausencia de plazos, el desgaste y el camuflaje entre la población civil son métodos asimétricos. La superioridad militar convencional del más fuerte es el factor determinante de la prolongación y el desgaste; debido a que el bando con mucho menos poder de combate no posee posibilidad alguna de obtener una victoria rápida y decisiva, entonces, recurrirá a la deceleración del tiempo del conflicto, y a la gradual causa deliberada de heridos, muertes, y a otros costos de la guerra. El objeto de esta tácticas es erosionar la voluntad política y de combate del enemigo más fuerte, especialmente si éste último es un Estado democrático, a como reiteramos, donde la opinión pública es intolerable a alto número de bajas. La prolongación del conflicto requiere de que, a como sostiene

---

<sup>131</sup> Verstrynge & Sánchez, 'Frente al Imperio: Guerra Asimétrica y Guerra Total' (supra nota 84) 208.

<sup>132</sup> Ivan Arreguin-Toft, 'How the Weak Win Wars: A Theory of Asymmetric Conflict' (2000) 26(1) International Security 93, 107; G. H. Lafferriere, 'La Batalla Asimétrica del Siglo XXI' (2001) Revista de las Armas y de los Servicios de Tierra del Ejército Español, citado en Vertrynge & Sánchez, ibid, afirma que "el bando con infinitamente menos poder de combate, cuando participa en la batalla asimétrica lo hace para infligir a su enemigo daños de consideración, pero no busca la destrucción del mismo por ese exclusivo medio, dado que carece de la potencialidad a ese cometido en un solo acto. Trata de obtener la victoria desarrollando acciones en el largo plazo, desgastando a su enemigo y llevándolo a una situación donde demuestre su imposibilidad de obtener una victoria y, por lo tanto, se coloque en una posición que posibilite la obtención de ventajas significativas al bando que emplea este procedimiento de guerra".

Lafferriere,<sup>133</sup> el tiempo se sitúa por encima de los recursos y espacio. La prolongación de plazos desgasta a un ejército convencional, cuya defensa del territorio y poder de fuego es primordial. Enfrentarse a un enemigo difuso y, sin un campo de batalla geográficamente circunscrito, de donde el ataque puede venir inesperadamente, es una amenaza constante para las fuerzas militares convencionales.

Las formas tradicionales de protección frente a un ataque armado, por ejemplo, esconderse en zonas montañosas, en espacios subterráneos, o trincheras han sido substituidas por el de perfidia. El camuflaje entre la población civil funciona como barrera de protección para los enemigos difusos, que buscan estar fuera de acción frente a la tecnología de precisión, o prevalecer frente al poder de fuego superior de las fuerzas militares convencionales, por tanto, reduciendo el daño que puedan recibir. Al mismo tiempo el camuflaje tiene por objeto inducir los políticamente negativos daños colaterales hacia la población civil.

Como podemos observar, la población civil ha adquirido importancia estratégica en conflictos de desgaste, usándola como cubierta para operaciones de grupos rebeldes, y terroristas, como objetivo de represalias y ataques indiscriminados, usando como medio bombas humanas o suicidas, como escudos humanos contra ataques aéreos y de artillería, como palanca para ejercer presión sobre un grupo adverso, o aterrorizándola y desplazándola, o como medio de operaciones de genocidio y limpieza étnica,<sup>134</sup> a lo que debemos agregar la toma y tortura de rehenes para obtener información del adversario.

---

<sup>133</sup> Ibid.

<sup>134</sup> Claude Bruderlein & Jennifer Leaning, 'New Challenges for Humanitarian Protection' (1999) 319(7207) British Medical Journal 430, 431 < <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1127044/> > accedido el 3 de mayo de 2012; Michael N. Schmitt, 'Direct Participation in the Hostilities and 21st Century Armed Conflict' (2004) (5) Chicago Journal of International Law 511, 511-546, <[http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/schmitt\\_direct\\_participation\\_in\\_hostilities.pdf](http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/schmitt_direct_participation_in_hostilities.pdf) > accedido el 3 de mayo de 2012.

Igualmente, para cambiar la ecuación del poder mediante violaciones al principio de distinción fingiendo o actuando como civil, el oponente más débil recurre a otros actos de perfidia, como uso de emblemas de la ONU, de la Cruz Roja, simula negociaciones con la bandera de rendición, o incapacitaciones por heridas o enfermedades, para “apelar a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla” o “dar a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas del derecho internacional aplicables a los conflictos armados”.<sup>135</sup>

Para esquematizar estos métodos y medios empleados en una guerra asimétrica, basta brevemente mencionar algunos (de entre los muchos) ejemplos históricos recientes de guerras asimétricas:

1. Durante la guerra de Vietnam, acaecida entre 1958 y 1975, los Estados Unidos optaron por el método directo de búsqueda y destrucción, usando fuerzas convencionales contra el método de la guerra de guerrilla empleado por el opositor. Debido a que con este método atípico se busca imponer el costo de la guerra en el adversario más fuerte, sin evitar la confrontación directa, el efecto desproporcionado fue el alto número de muertes de soldados, destrucción de suministros e infraestructura, y sobre todo el tiempo usado para desgastar al enemigo más fuerte.<sup>136</sup> Este conflicto representó una prolongación políticamente inaceptable de violencia que resultó en un alto número de víctimas para los Estados Unidos. Esta situación conllevó al entendimiento de que la guerrilla gana por no perder, y el opositor pierde por no ganar;

---

<sup>135</sup> PAI, Art. 27.

<sup>136</sup> Schelling, *et. al.*, ‘Vietnam Reappraised’ (1981) 6(1) International Security 3, 7.

2. Durante la Guerra del Golfo Pérsico en 1991, Iraq lanzó varios misiles Scud contra aéreas israelíes densamente pobladas, con el objeto de desintegrar a la coalición de los Aliados e involucrar a Israel en el conflicto.<sup>137</sup> Ataques directos contra la población civil es un método proscrito por el DIH;
3. En la Guerra contra Iraq, comenzada en marzo de 2003, las fuerzas iraquíes obligaban a sectores de la población civil, especialmente a mujeres y niños, a actuar como escudos humanos. Asimismo, las fuerzas iraquíes conducían sus vehículos tomando ventaja de su proximidad a, o en presencia de la población civil en el teatro de las operaciones para escudarse de ataques de la Coalición. Además, el ejército iraquí usó ilegalmente el “emblema de la cruz roja y de la media luna roja, así como de minas antipersonal, y al emplazamiento de objetivos militares en zonas protegidas, tales como mezquitas y hospitales”.<sup>138</sup> Schmitt sostiene que, durante esta guerra, las fuerzas iraquíes operaban con ropa de la población civil, y no uniformes, para evitar su identificación y sobrevivir. Fingir el estatus de civil para reclamar inmunidad frente a ataques, fue un método de perfidia usado para aproximarse y atacar a las fuerzas de la Coalición. Los ataques de bombas suicidas o humanas ocurridas en esta guerra recaen dentro de esta categoría de perfidia. Es perfidia porque su comportamiento y apariencia de civil es el medio que hace posible su aproximación al objetivo, sea este militar o no. Una vez que las bombas suicidas están cerca del objetivo se detonan matando inclusive a inocentes.<sup>139</sup> Fingir la acción de rendirse, y utilización de ambulancias robadas con la esperanza de

---

<sup>137</sup> Schmitt, ‘Precision Attack and International Humanitarian Law’, (2005) 87(859) *International Review of the Red Cross* 445, 454 <[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_859\\_schmitt.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_859_schmitt.pdf)> accedido el 3 de mayo de 2012.

<sup>138</sup> Geiss, ‘Las Estructuras de los Conflictos Asimétricos’ (supra nota 75) 7.

<sup>139</sup> Schmitt, ‘Precision Attack and International Humanitarian Law’ (supra nota 137) 465.



vulnerar a las fuerzas de la Coalición, fueron otros actos de perfidia ejecutados por las fuerzas iraquíes, y en completa explotación de las normas de combate;<sup>140</sup>

4. Cuando la estrategia de la guerra tiene como objetivo a la población civil, la muerte y desplazamientos forzados, destrucción de clínicas y suministros, obstrucción de ambulancias son parte del proceso de un conflicto armado asimétrico. En situaciones extremas de conflicto como en el caso de Ruanda (1994), Bosnia-Herzegovina (1992-4), y Kosovo (1998-9) segmentos enteros de la población civil fueron el objetivo militar primario, conllevando a un millón de muertes en estos tres conflictos, número más alto que las bajas militares;<sup>141</sup>
5. La confrontación entre los palestinos e Israel (diciembre de 2008- enero 2009) es un caso típico de guerra asimétrica. Aquí estamos frente a una confrontación entre un Estado y un actor no estatal, donde ambos lados persiguan objetivos que, desde perspectivas político-militares diferentes derivan sus estrategias de ataque. Los palestinos, sin poseer un ejército convencional, recurren a fuerzas irregulares de organizaciones difusas como Hamás, al uso de métodos y medios asimétricos de guerra copiados de Hezbollah,<sup>142</sup> y a la explotación de la población civil como escudos humanos, para contrapesar el poder del ejército convencional israelí.<sup>143</sup> Hamás, negándose a reconocer la existencia del Estado de Israel, y motivado por su convicción de que el Estado judío nunca reconocerá la construcción de un Estado palestino, además de su incapacidad de ganar una guerra convencional contra Israel,

---

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> <sup>141</sup> Bruderlein & Leaning, 'New Challenges for Humanitarian Protection' (supra nota 134) 432.

<sup>142</sup> Para un análisis detallado de Hezbollah véase Emili Irani, *Irregular Warfare and Non-State Combatants: Israel and Hezbollah*, 2007.

<sup>143</sup> Intelligence and Terrorism Information Centre at the Israel Intelligence Heritage, ' Hamas Exploitation of Civilians as Human Shields' (2009) 2.

estima que los medios aceptables de lucha serán asimétricos. Así, el lanzamiento transfronterizo de cohetes y detonación de bombas humanas en áreas urbanas, fueron las formas de combate contra la superioridad convencional militar israelí. Estos ataques conllevaron a Israel a lanzar una operación militar enorme, siguiendo un método de aislamiento, que obstaculizaba el suministro de alimentos y combustibles en la franja de Gaza, y reforzada por fuerzas convencionales informadas por operaciones de inteligencia, que buscaban matar a líderes de Hamás. Desde una perspectiva político-militar Israel, basado en su experiencia con Hezbollah en 2006, debía evitar la derrota para mantener su superioridad militar y mantener un número mínimo de sus bajas militares, así como de muertes causadas a la población civil y otros daños colaterales, con el propósito de no motivar reacciones políticas contrarias a sus operaciones. La prolongación del conflicto parecía aventajar a Hamás. A medida que el tiempo transcurría, el número de muertes de la población civil aumentaba, cifra difícil de calcular debido a la restricción impuesta a periodistas en Gaza por Israel,<sup>144</sup> mientras miles perdían sus hogares y quedaban sin agua.<sup>145</sup>

Frente a esta situación emergió una serie de acusaciones internacionales contra el uso ‘desproporcionado’ de la fuerza israelí. HRW acusó a Israel de violar “la regla de enfrentamiento contra los ataques indiscriminados” establecida por el DIH.<sup>146</sup>

También Hamás, escondiéndose en la ciudad de Gaza, violó las normas del DIH al

---

<sup>144</sup> Bethany Bell, ‘Counting Casualties in Gaza’s War’ *BBC News*, London, 28 de enero de 2009 <[http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/middle\\_east/7855070.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/middle_east/7855070.stm)> accedido el 4 de mayo de 2012. No obstante el Ministerio Palestino de la Salud afirma que más de 1314 inocentes murieron en los ataques, *ibid*.

<sup>145</sup> *Ibid*.

<sup>146</sup> *Europa Press*, ‘Human Rights Watch acusa al Ejército Israelí de Violar al Derecho Humanitario Internacional’, enero de 2009 <<http://www.europapress.es>> accedido en enero de 2009.

lanzar sorpresivamente cohetes contra la población civil israelí. En este tipo de conflicto, ambas partes se comportan asimétricamente. De igual manera, vale la pena mencionar que el 12 de enero de 2009, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU “condenó la operación militar de Israel en la Franja de Gaza...solicitó su cese inmediato [y]...pidió el fin de los ataques con cohetes arsenales contra el territorio israelí por militantes palestinos”.<sup>147</sup>

Todas estas guerras son asimétricas. Ahora cabe no dejar de pasar por desapercibido la situación del terrorismo. Debido a que el terrorismo ha alcanzado dimensiones globales, como método de combate asimétrico, el mismo amerita el análisis por separado.

#### 2.4.3 El Terrorismo como Guerra Asimétrica

El terrorismo es un término difícil definir. Existen más de cien definiciones al respecto.<sup>148</sup> No es nuestro propósito entrar en un análisis profundo de la definición del concepto. No obstante, es de interés observar que la serie de actos terroristas acaecidos después del 11 de setiembre de 2001, con el ataque al Centro Mundial de Comercio de Nueva York, en Casablanca en el año 2003, en Madrid en el 2004, en Londres, Bali y el Cairo en el año 2005, entre otros, no solo constituyen una violación al principio de distinción, puesto que el objetivo no solo fueron los bienes civiles, pero concretamente la población civil donde se perpetraron esos ataques. Estos actos de violencia constituyen terrorismo, sostiene

---

<sup>147</sup> Centro de Noticias ONU, ‘Gaza: Consejo de Derechos Humanos Pide Cese Inmediato de Operación Militar’, Nueva York, 12 de enero de 2009  
<<http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=14513&criteria1=Palestina>> accedido el 4 de mayo de 2012.

<sup>148</sup> Ninguna de estas definiciones es comprensiva y objetiva “(and) even if there were an objective, value-free definition of terrorism, covering all its important aspects and features, it would still be rejected by some for ideological reasons”; véase Walter Laqueur, *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction* (Oxford University Press 1999) 5; Laqueur, *The Age of Terrorism* (Little, Brown and Company 1987) 149-150.

Reinares, “si el impacto psíquico que provoca en una sociedad o algún segmento de la misma, en términos de ansiedad y miedo, excede con creces sus consecuencias materiales, esto es, los daños físicos ocasionados intencionalmente a personas o cosas. Quienes instigan o ejecutan el terrorismo pretenden así condicionar las actitudes y los comportamientos de gobernantes o gobernados. Suele perpetrarse de manera impredecible, es comúnmente dirigido contra blancos dotados de alguna relevancia simbólica en sus correspondientes entornos culturales o marcos institucionales de referencia. Blancos a menudo de oportunidad, cuyo menoscabo o destrucción son utilizados para transmitir mensajes y dotar de credibilidad a eventuales amenazas proferidas, lo cual convierte al terrorismo en un método extremista tanto de propaganda como de control social”.<sup>149</sup> Reinares coincide en gran medida con la caracterización sugerida por Hoffman.<sup>150</sup> De acuerdo con Hoffman, el terrorismo, se caracteriza por ser un acto inevitablemente de coerción política, en cuanto a sus fines y motivaciones; es un acto violento ejercido a nivel subestatal, diseñado para provocar repercusiones psicológicas serias que van más allá de las víctimas a las que se dirige, conducido por una organización difusa subnacional o estructura de célula conspirativa y cuyos miembros se rehúsan a llevar uniformes o insignias para no ser identificados.<sup>151</sup>

Habiendo así caracterizado el terrorismo, para diferenciarlo de la criminalidad común, debemos agregar que los terroristas no solo atacan sin aviso, sino que ocasionalmente no asumen responsabilidad por sus actos de violencia. Estos grupos no buscan confrontación

---

<sup>149</sup> Fernando Reinares, “Conceptualizando el Terrorismo Internacional” (5) (Real Instituto Alcalano 2005) 2 <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/4306bf004f0186cfbb54ff3170baead1/ARI-82-2005-E.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4306bf004f0186cfbb54ff3170baead1>> accedido el 5 de mayo de 2005.

<sup>150</sup> Bruce Hoffman, *Inside Terrorism* (Columbia University Press 2006) Cap. 1.

<sup>151</sup> Ibid.

en batallas decisivas y directas, o necesariamente aplican el método del desgaste para exterminar al enemigo. En contraste, los grupos terroristas ejecutan batallas episódicas y campañas sin conclusión definitiva alguna. Aún más, las motivaciones de los ataques de las redes terroristas son, en muchos casos, de carácter religioso o de identidad,<sup>152</sup> o simplemente creen en ideologías extremas no arraigadas en comunidades políticas particulares; debido a estas motivaciones sus perpetradores no respetan el principio de inmunidad que busca proteger a la población civil. En consecuencia, sus métodos o medios de combate son extremos: se desplazan y viven entre sus blancos, la infraestructura civil (puentes, aeropuertos, negocios, metros, etc.) y los ejércitos convencionales son vulnerables, ya que el principio de reciprocidad, que demanda que ambas partes se comporten de la misma manera, no es respetado por el más débil.<sup>153</sup>

Estos no son los únicos métodos o medios irregulares de combate empleado por terroristas. En realidad existen dos tipos de métodos o medios indirectos empleados en terrorismo, esto es, ‘tácticas convencionales’ y ‘no convencionales’ de ataque. Griset y Mahan<sup>154</sup> sugieren cuatro tipos dentro de la primera categoría:

1. Asesinatos de figuras públicas, matanza en la población civil y genocidio, El genocidio de Ruanda en 1994, y el asesinato del Primer Ministro de Israel, Yitzhak Rabín, cometido el 4 de noviembre de 1995 ejemplifican este método;
2. Secuestros de grupos en lugares particulares que, aunque no un método nuevo, ha tomado creciente importancia a partir del 11 de setiembre. El caso más notorio es el

---

<sup>152</sup> Paul R. Pillar, *Terrorism and US Foreign Policy* (Brookings Institution Press 2001) 45.

<sup>153</sup> Pfanner, ‘Military Uniform and the Law of War’ (2004) 88(853) *International Review of the Red Cross* 93, 109 <[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_853\\_pfanner.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_853_pfanner.pdf)> accedido el 3 de mayo de 2012.

<sup>154</sup> Paul Griset & Sue Mahan, *Terrorism in Perspective* (Sage Publications 2003) 197.

secuestro del crucero de lujo Achille Lauro, ocurrido el 7 de octubre de 1985, mientras se dirigía al Puerto de Said, en Egipto;

3. Secuestro de individuos, toma de rehenes e incidentes de barricadas, que involucran detenciones continuas, confiscaciones, amenazas de muerte. La toma y decapitación del británico, Ken Bigley, y de los estadounidenses Jack Hensley y Eugene Armstrong, por insurgentes en Iraq en el 2004 ejemplifican esta situación. La decapitación fue presentada en el internet por grupos terroristas islámicos;
4. Asaltos armados y bombardeo ejecutados sin uso de alta tecnología. El ataque con bombas de dinamita a las embajadas estadounidenses en Tanzania y Kenia, el 7 de agosto de 1998, casi de forma simultánea, tipifican este medio. En el ataque murieron 291 personas y 5000 resultaron heridas;

De acuerdo con Griset y Mahan<sup>155</sup> y, Pigrau Solé<sup>156</sup> ‘las tácticas no convencionales’ de ataque terrorista se refiere al uso de armas de destrucción masiva. Estas armas son “susceptibles de producir efectos cualitativa y cuantitativamente superiores a los de las armas tradicionales o convencionales”.<sup>157</sup> Estas armas se agrupan en tres categorías:

1. Las armas químicas que implican el uso de agentes químicos como gases, o líquidos nerviosos o venenosos, (por ejemplo sarín y tabún) contra personas, plantas y animales. Estos gases fueron empleados en Iraq contra los Kurdos en 1988;
2. Las armas biológicas que se caracterizan por la propagación deliberada de bacterias, virus o material infeccioso para enfermar a una población determinada. El uso del

---

<sup>155</sup> Ibid 228.

<sup>156</sup> Antoni Pigrau Solé, ‘El Empleo de las Armas Nucleares ante el Derecho Internacional Humanitario’ en José L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.)(supra nota 20).

<sup>157</sup> Ibid 134-5.

gas sarín en el metro de Tokio en 1995 perfectamente refleja a esta modalidad de ataque;

3. Las armas nucleares, producidas a través del proceso de fisión nuclear y empleadas en Hiroshima y Nagasaki en 1945;
4. “Las técnicas de modificación ambiental” es una cuarta categoría defendida por algunos expertos, por ejemplo O. Casanovas y La Rosa,<sup>158</sup> Primmerman<sup>159</sup> entre otros. Estas técnicas implican ataques ambientales o cambios deliberados en los procesos naturales con el objeto de obtener ventajas militares. En el año 2003 Iraq incendió varios campos petroleros; el uso de armas biológicas para destruir plantaciones, bosques o químicas para envenenar agua y suministros son amenazas asimétricas potenciales;
5. Un ataque ciberterrorista podría agregarse como quinta categoría, empleada potencialmente para devastar a la infraestructura de un Estado, y generar pánico y muertes.<sup>160</sup>

Es obvio que, entonces, si observamos los ataques terroristas antes mencionados, a la luz de los métodos o medios irregulares empleados, llegamos a la conclusión de que el terrorismo puede ser contemplado como técnica de guerra asimétrica. El ataque al Centro Mundial de Comercio y a la sede del Pentágono el 11 de setiembre de 2001, son un epítome espectacular de la guerra asimétrica, especialmente, “if one thinks of a modern passenger plane in terms of an explosive and incendiary potential, one has a guided missile of

---

<sup>158</sup> Oriel Casanovas y La Rosa, citado en Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Tecnos 19770 ) y por Pigrau Solé, ‘El Empleo de las Armas Nucleares ante el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 156) 135.

<sup>159</sup> Charles A. Primmerman, *Thoughts on the Meaning of “Asymmetric Threats”* (Lincoln Laboratory Massachusetts Institute of Technology 2006) 8.

<sup>160</sup> Griset & S. Mahan, *Terrorism in Perspective* (supra nota 154) 228.

devastating effect. [...] terrorists...use a mechanism for transportation we all take for granted as part of our system of commerce and common benefit, and turn it into a devastating weapon”.<sup>161</sup> Al Qaeda, explotando el liberalismo, la apertura, derecho a la privacidad y otras características de la sociedad estadounidense planificó y ejecutó sus actos de violencia. Durante el ataque, miembros de la organización terrorista Al Qaeda tomaron control de cuatro aviones comerciales y procedieron a chocarlos contra El Centro Mundial de Comercio, y la sede del Pentágono -uno de los aviones cayó en Pensilvania-, donde como resultado del ataque murieron casi 3000 personas, además de las pérdidas financieras que ascendieron a millones de dólares. El ejemplo del 11 de septiembre es una manifestación clara de terrorismo del más débil contra el más fuerte, ejecutado con la voluntad de derribarlo, explotando sus vulnerabilidades, al ejecutar los actos estratégicamente contra sus bienes civiles y su población civil. El colapso completo del Centro Mundial de Comercio, el alto número de muertes, y el caos total provocado en términos físicos, presentados en los medios informativos mundiales exacerbaron el pánico y el impacto psicológico colectivo. Los efectos de los ataques por sorpresa fueron desproporcionados en términos humanos y financieros: una gran parte de la economía estadounidense fue afectada, específicamente los viajes aéreos estuvieron cerrados por días, costos de aviación se incrementaron, 1.8 millones de personas perdieron sus trabajos.<sup>162</sup> Asimismo, el estado de ansiedad que la vulnerabilidad provocaba, debido a posibles ataques contra plantas nucleares, puentes, embajadas en el extranjero motivó grandes inversiones en seguridad y defensa que alcanzaron los 100 billones de dólares en los

---

<sup>161</sup> Montgomery C. Meigs, 'Unorthodox Thoughts about Asymmetric Warfare' (2003) 33(2) Parameters 4, 5.

<sup>162</sup> *The New York Times*, 'The Economics: Attacks May Cost 1.8 Million Jobs', New York, 13 de enero de 2002 <<http://www.nytimes.com/2002/01/13/us/a-nation-challenged-the-economics-attacks-may-cost-us-1.8-million-jobs.html>> accedido el 5 de mayo de 2012.



Estados Unidos. Se estima que las pérdidas totales son incuantificables, por tanto, el terrorismo es de bajo costo pero con beneficios sumamente altos para los que lo ejecutan.<sup>163</sup>

En resumen, el terrorismo, como guerra asimétrica, emplea métodos o medios irregulares de ataque contra bienes y la población civil. La guerra asimétrica, en particular, es un problema de importancia en cuanto a que como problema estratégico o de seguridad cambia la ecuación de la norma de proporcionalidad en el teatro de las operaciones. De qué forma se inducen los cambios o se viola esta norma humanitaria, es objeto de análisis en el siguiente capítulo de esta investigación.

---

<sup>163</sup> Meis, 'Unorthodox Thoughts about Asymmetric Warfare' (supra nota 161).

## CAPITULO III

### El Principio de Proporcionalidad: ¿Una Norma Humanitaria en Desuso?

#### 3.1 Consideraciones Generales

Con antelación afirmamos que, la estatalización de la guerra es un producto de Occidente. En efecto, con el desarrollo del sistema internacional westfaliano, la conducción de la guerra se seculariza, afianzándose en una arquitectura normativa que no solo rechaza la función del individuo como centro de gravedad legítimo en el uso de la fuerza pero que, también, la establece como actividad exclusiva de los Estados. La guerra, entonces, es parte de la identidad jurídica del Estado. Igualmente defendimos la tesis de que, aunque la naturaleza de la guerra es constante, su carácter es dinámico, producto de las cambios o perturbaciones sistémicas que ocurren en el sistema interestatal, en un periodo histórico determinado. Así, los cambios ambientales del sistema de Estados, acaecidos a partir del derrumbamiento de la Guerra Fría, aumentaron la hipercomplejidad de dicho sistema: el colapso de Naciones-Estados, incremento en los niveles de interdependencia entre los Estados y, en particular, de procesos osmóticos causados por la globalización, por ejemplo, flujos migratorios, de capital, de armamentos, de información, tecnológicos, entre otros- que, en términos de seguridad demuestran las debilidades de control sobre las fronteras políticas y geográficas, sobre las que el mismo actor central del sistema internacional, el Estado mismo, se asienta. Dentro de este escenario hipercomplejo, surge un nuevo enemigo estratégico, los actores no-estales en la guerra- y que no coincide con el Estado clásico a como hemos constatado, sino que también, “no solo siguen subsistiendo algunos ya antiguos y seculares conflictos, sino que, además, a ellos han venido a sumarse otros

nuevos,<sup>164</sup> en los que la violencia resulta, si cabe, aún más cruenta. Ciertamente el balance de violaciones masivas y generalizadas de las normas humanitarias que nos ofrecen los conflictos armados actuales es todavía más alarmante, sobre todo cuando se constata un aumento de guerras intestinas libradas por fuerzas irregulares, en las que de forma premeditada las partes en el conflicto buscan -como objetivo primario y último-, como blanco decisorio del conflicto –atentar contra uno de los sectores especialmente más protegidos por el DIH, es decir la población civil...”<sup>165</sup>

El promedio de civiles víctimas como consecuencia directa o indirecta de los conflictos armados, la mayoría de ellos asimétricos, del mundo de la Post-guerra Fría es muy elevado, sino más elevado que el de combatientes. El CICR e informaciones de la ONU afirman claramente que el promedio de civiles víctimas, en relación a combatientes, aumentó de entre un 5% y un 15% en la IGM a un 65% durante la IIGM. Para finales de la década de los años 90, un 75% de las víctimas eran civiles, cifra que podría alcanzar, inclusive, hasta un 90%, y que continúan ascendiendo actualmente, las cuales, además son difíciles de contabilizar.<sup>166</sup> Estas estadísticas son sorprendentes debido al alto número de civiles

---

<sup>164</sup> Por ‘nuevos’ entendemos los conflictos asimétricos analizados en el capítulo anterior.

<sup>165</sup> Pueyo Losa, ‘El Principio de Jurisdicción Universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional’ en José L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.) (supra nota 20) 180.

<sup>166</sup> Lymerick, ‘The International Red Cross and Red Crescent Movement’ (1991) 25(3) *Journal of the Royal College of Physicians of London* 246, 246; Informe del Secretario General para la Protección de Civiles en Conflictos Armados, 2001; Informe del Secretario General para la Protección de Civiles en Conflictos Armados, 28 de octubre de 2007. Kaldor calcula que mientras al principio del Siglo XX, 85-90 por ciento de las víctimas de guerras eran miembros del ejército, para finales de la década de los años 90, las proporciones de 100 años atrás han sido exactamente revertidas, por tanto, aproximadamente 80 por ciento de las víctimas en guerras actuales son civiles; véase M. Kaldor, *New and Old Wars. Organised Violence in a Global Era* (Cambridge University Press 2001) 100. Para finales del año 2010 Oxfam informa que “millions of men, women, and children were killed, raped, displaced, injured, or recruited by force in armed conflicts throughout the world. Whether caught in the crossfire or deliberately targeted, civilians too often suffer disproportionately as a result of conflict”; véase Oxfam, ‘Protection of Civilians in 2010: Facts, figures, and the UN Security Council’s Response’ Oxfam Briefing Paper 147/2011 <<http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/protection-of-civilians-in-2010-09052011-en.pdf>> accedido el 29 de abril de 2012. El Consejo de Seguridad afirma que “civilians continue to account for the

víctimas de conflictos armados y porque son producto de los métodos y medios asimétricos de guerra empleados en esos conflictos y en flagrante violación del DIH. Frente a este sórdido panorama, es aceptable cuestionarse si el DIH es puramente un tipo de ingeniería jurídica, cuya “efectividad...tropieza con el problema grave del control de su observancia, pues no hay posiblemente destinatario más difícil y peor predispuesto al cumplimiento de las normas jurídicas que un beligerante obsesionado por la idea de evitar la derrota o alcanzar la victoria. Y es que el DIH persigue un objeto extremadamente problemático: humanizar una actividad esencialmente inhumana como es la guerra”.<sup>167</sup>

Es evidente que existe una relación simbiótica entre el DIH y la guerra. Específicamente, la guerra asimétrica está sometiendo bajo presión cada vez creciente al DIH, comprometiendo las dos suposiciones cardinales sobre las que se ha construido su edificio normativo desde sus inicios: primero, que es posible compartimentar el campo de batalla y, con claridad, discriminar a la población civil de los combatientes y, segundo, que existen objetivos militares obvios que atacar, pero cuyos daños colaterales no deben ser excesivos o desproporcionados, con relación al esfuerzo puesto para atacarlos. Si bien es cierto que el DIH, como orden de necesidad, toma su validez del hecho de que sus directivas humanitarias son jurídicamente vinculantes, asimismo es una realidad fáctica que ese cuerpo normativo es privado de su función inherente al ser infringido, cada vez que otros valores considerados como superiores, se superponen a los humanitarios. De hecho, muchos expertos afirman que, la presión que la guerra asimétrica ejerce sobre el DIH ya ha

---

vast majority of casualties in situations of armed conflict, including as a result of deliberate targeting, indiscriminate or disproportionate attacks...”; véase Security Council Presidential Statement, ‘Protection of Civilians in Armed Conflict’ (22 November 2010) S/PRST/2010/25

<[http://www.un.org/Docs/sc/unsc\\_pres\\_statements10.htm](http://www.un.org/Docs/sc/unsc_pres_statements10.htm)> accedido el 29 de abril de 2012.

<sup>167</sup> Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (supra nota 10) 645.

sido de forma sustantiva la causa del colapso de esa superestructura normativa.<sup>168</sup> Este razonamiento contrasta agudamente con los que defienden que los pilares que sostienen al edificio de ese cuerpo normativo aún permanecen inmovibles.<sup>169</sup>

Nuestra posición intelectual se sitúa entre estos dos enfoques extremos debido a dos razones. En primer lugar porque el DIH reacciona de acuerdo con los cambios en el carácter de la guerra; basta observar la construcción normativa *post factum* de las Convenciones de Ginebra a las dos primeras guerras mundiales del siglo XX, por ejemplo, o el desarrollo vertiginoso del derecho criminal internacional, que imputa responsabilidad penal sobre el individuo que viola las reglas del derecho humanitario y, además, como evidencia clara “del medio social internacional por procurar la formalización o fortalecimiento de los instrumentos capaces...de reprimir...actos de inhumanidad y barbarie, en un intento de reafirmar y potenciar las dinámicas de cooperación internacional destinadas a exigir no solo la responsabilidad internacional de las partes en un conflicto sino también la responsabilidad internacional de los individuos de cara a un enjuiciamiento y castigo de los culpables de...crímenes internacionales”.<sup>170</sup>

En segundo lugar, frente a estas realidades, el carácter de la violencia que despliegan los beligerantes moldea sus actitudes hacia el derecho humanitario. En consecuencia, los combatientes involucrados en conflictos asimétricos se ajustan por conveniencia a las directivas jurídicas humanitarias si observan que las mismas dan ventajas, por ejemplo, protección a la población civil para legitimarse como combatiente. En contraste, cuando los actores se ven en desventaja debido al desbalance de sus capacidades militares, o por las

---

<sup>168</sup> Michael Glennon, ‘Why the Security Council Failed (2003) 82 Foreign Affairs 16, 16.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Pueyo Losa, ‘El Principio de Jurisdicción Universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional’ (supra nota 165) 181.

barreras normativas impuestas a sus acciones bélicas, no teniendo nada que perder, esos límites son infringidos.

Dentro del contexto de estas consideraciones es un imperativo analizar el principio de proporcionalidad, “sacrosanta regla...que impregna todo el DIH”.<sup>171</sup> La necesidad intelectual de examinar esta norma fundamental del derecho humanitario se desprende del hecho de que la guerra asimétrica busca causar efectos desproporcionados para el beligerante más fuerte. La selección efectiva de blancos, con el objetivo militar de destruir el centro de gravedad del adversario, ha sido históricamente parte decisiva en ganar una guerra. Además daños colaterales civiles han sido siempre parte de esa historia. No obstante, los conflictos asimétricos actuales los hacen excesivos, por tanto, dando renovada prominencia y visibilidad al principio de proporcionalidad. Este interés en la noción no implica que exista consenso sobre la proporcionalidad como norma. Tal vez, el problema determinante, escondido detrás de la norma, son asuntos éticos complejos que la misma pretende enmascarar, sobre los que no existe consenso, y que han conllevado a que el principio no se haya codificado expresamente en el derecho internacional convencional. Es de entenderse la dificultad que las sociedades civilizadas encuentran en aceptar la justificación o necesidad de las guerras, cuando sus valoraciones de la vida humana son contrastadas con imágenes de desolación y terror observadas en los medios de comunicación. De ahí que la cuestión sea no solo que el principio de proporcionalidad encubre asuntos éticos, ya que siempre habrán víctimas, sino más bien jurídicamente, si la

---

<sup>171</sup> Romualdo Bermejo García, ‘El Conflicto de Chechenia a la Luz del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario’ en Consuelo Ramón Chornet (Editor), *Problemas Actuales del Derecho Internacional Humanitario* (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia 2001) 145.

ventaja militar directa y concreta alcanzada es proporcionada en relación a la pérdida de vidas inocentes y daños a los bienes civiles.

Estos últimos elementos, convierten a la regla en un término de uso común pero distorsionado. Actores humanitarios podrían expresar que una acción es desproporcionada porque cierto número de civiles murió durante su ejecución; militares podrían defender que un ataque es desproporcionado debido a que fue iniciado por el enemigo. Esta problemática demanda un intento de clarificación del principio de proporcionalidad. Decimos in intento porque la clarificación de sus parámetros e implementación es aún un asunto abierto de discusión,<sup>172</sup> tarea intelectual no fácil de lograr. El segundo fin de este capítulo es explicar los problemas que la norma encuentra en el terreno de su implementación, en consecuencia, cuestionando su vigencia. Por supuesto, nuestro fin no es desacreditar a esta norma humanitaria, debido al declive de la dinámica de reciprocidad y retaliación,<sup>173</sup> cuando los actores no estatales no son “neither beneficiaries nor hostages to the territorial system”,<sup>174</sup> sino, a como reiteramos, identificar los problemas que afronta cuando se intenta traducir la norma en un principio práctico que proteja efectivamente a la población civil durante un conflicto asimétrico.

---

<sup>172</sup> Jean Marie Henckaerts, ‘Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict (2005) 87 International Review of the Red Cross 175, 191 <[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc\\_002\\_0860.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0860.pdf)> accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>173</sup> W. Michael Reisman, ‘Assessing Claims to Revise the Laws of War’ (2003) Yale Faculty Scholarship Series. Paper 1008 <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1008](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1008)> accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>174</sup> Ibid.

## 3.2 Entendiendo el Principio de Proporcionalidad en el Contexto del DIH

### 3.2.1 Dualidad en el Principio de Proporcionalidad: Justificando Diferencias

El requisito de que la violencia de los conflictos armados debe ser conducida sin causar daños desproporcionados, tanto para la población civil como para los bienes civiles se deriva del precepto angular de que el único objeto legítimo de la guerra, es el debilitamiento de las fuerzas del enemigo.<sup>175</sup> En otras palabras, los beligerantes, como principio normativo, no poseen la libertad irrestricta de emplear medios o métodos de infligir daño en el enemigo. El principio de proporcionalidad es un componente imprescindible de la regulación legal internacional, tanto del uso de la fuerza armada *-jus ad bellum-* como en la conducta de las operaciones militares *-jus in bello-*. En ambos sistemas normativos el principio de proporcionalidad “ayuda a determinar el marco jurídico para evaluar la legalidad de la conducta de las partes”<sup>176</sup> en un conflicto armado. A pesar de que “la opinión predominante entre los jurisconsultos es que se debe trazar una clara distinción entre [esas] dos formas distintas en que la proporcionalidad limita el uso de la fuerza armada”,<sup>177</sup> confusión concerniente al principio de proporcionalidad es abundante:<sup>178</sup> la proporcionalidad en el *jus ad bellum* es confundida con la proporcionalidad en el *jus in bello*, conllevando al argumento de que un beligerante podría atacar a civiles, siempre y

---

<sup>175</sup> Declaración de San Petersburgo con el Objeto de Prohibir el Uso de Determinados proyectiles en Tiempo de Guerra (entrada en vigor el 12 de diciembre de 1868) CICR  
<<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-declaration-1864-st-petersburg.htm>>  
accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>176</sup> Enzo Cannizzaro, ‘Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War’ (2006) 88(864) International Review of the Red Cross 779, 781

<[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_864\\_cannizzaro.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_864_cannizzaro.pdf)> accedido el 30 de abril de 2012.

Obsérvese que no existe uniformidad correspondiente al deletreo de la palabra ‘jus’, ‘just’ o ‘ius’. No obstante son partes del mismo significado. En esta tesis se tiende a utilizarlos de manera alternativa.

<sup>177</sup> Ibid.

<sup>178</sup> R. George Wright, ‘Combating Civilian Casualties: Rules and Balancing in the Developing Law of War’ (2003) 38 Wake Forest Law Review 129, 137.



cuando el uso de la fuerza empleada sea proporcional a la ventaja militar obtenida,<sup>179</sup> por tanto, “difuminándose en la práctica [ó] a veces fusionán[dose] en una evaluación global de la legalidad del uso de la fuerza”.<sup>180</sup> Esta situación dificulta el discernimiento del tipo de proporcionalidad al que se hace referencia.<sup>181</sup> A esta complicación debe agregarse que, parte de la vaguedad que rodea al jurídicamente indefinido concepto del principio de proporcionalidad en el DIH, se desprende de que por su naturaleza misma, el derecho internacional consuetudinario nunca es totalmente codificado, en consecuencia, sus disposiciones normativas nunca son fáciles de determinar. No obstante, sí debemos expresar que la separación entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello* es de trascendencia en cuanto que ayuda con la clarificación del ámbito de la norma. El *jus in bello* es implementable por igual, o sin distinción alguna, a las partes involucradas en un conflicto armado, sin importancia alguna de que actor esté en lo “correcto” o “incorrecto”.<sup>182</sup> Esta demarcación es fundamental ya que, sin ésta, las bases humanitarias sobre las que se estructura el edificio del *jus in bello* son debilitadas.<sup>183</sup>

Estas vicisitudes justifican que debamos empezar con una aclaración jurídica breve del principio de proporcionalidad en el *jus ad bellum*. Enfatizamos el término breve porque, para efectos de esta investigación, solo pretendemos establecer superficial y

---

<sup>179</sup> Olivera Medenica, ‘Protocol I and Operation Allied Force: Did NATO Abide by Principles of Proportionality?’ (2001) 23(3) Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 329, 364 <<http://0/digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol23/iss3/>> accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>180</sup> Cannizzaro, ‘Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War’ (supra nota 176) 3.

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> Christopher Greenwood, ‘Customary International Law and the First Geneva Protocol of 1977 in the Gulf Conflict’ in Peter Rowe (Editor) *The Gulf War 1990-91 in International and National Law* (Routledge 1993) 67.

<sup>183</sup> Véase Andreas Laursen, ‘NATO, the War Over Kosovo, and the ICTY Investigation’ (2002) 17(4) University International Law Review <<http://www.wcl.american.edu/journal/ilr/17/laursen.pdf?rd=1>> accedido el 30 de abril de 2012.

descriptivamente la diferencia conceptual. Además, nuestro enfoque, de manera lógica, se centra fundamentalmente sobre el entendimiento y articulación de la norma dentro del contexto del DIH. El racional que sustenta esta decisión gira sobre la idea de que jurídicamente el principio de proporcionalidad tiene relación directa con el concepto de daño civil incidental -o daño colateral-, resultado de un ataque a un objetivo militar legítimo y, a como observaremos más adelante, funciona en conjunción con el principio de distinción y necesidad militar.

### 3.2.2 El Principio de Proporcionalidad en el *Jus ad Bellum*

El principio de proporcionalidad es este sistema normativo response a una lógica diferente de la establecida en el *jus in bello*. Sin ningún ánimo de exhaustividad, exponamos algunas de las perspectivas referentes a la proporcionalidad en el *jus ad bellum*. De acuerdo con Gardam, el principio de proporcionalidad, dentro del contexto del *jus ad bellum*, se refiere a la respuesta de un beligerante con relación a un ataque.<sup>184</sup> Johnson, define la proporcionalidad en el sentido del *jus ad bellum*, de la siguiente manera: “where the total evil of war is compared to its total good”,<sup>185</sup> ‘o, en un lenguaje más contemporáneo, los costos de la guerra no deben ser mayores que los beneficios,<sup>186</sup> lo que implica que, la proporcionalidad en el *jus ad bellum* se relaciona con cálculos sobre la cantidad necesaria de fuerza que se requiere para dominar al enemigo.<sup>187</sup> Para Schmitt, el principio de proporcionalidad se focaliza en sopesar los objetivos legítimos de conjunto de la guerra, con relación a los daños totales anticipados, cuestión que incluye a daños civiles y objetivos

---

<sup>184</sup> Judith G. Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (infra nota 322) 391.

<sup>185</sup> James Turner Johnson, *Jus War Tradition and Restraint of War* (Oxford University Press 1981) 302.

<sup>186</sup> Ibid 204.

<sup>187</sup> Ibid 202.

militares.<sup>188</sup> Gutiérrez Espada, haciendo alusión a la jurisprudencia de la CIJ, sugiere que la proporcionalidad es un requisito limitativo del uso de la fuerza, dentro del contexto del desencadenamiento de un ataque armado que motive la legítima defensa.<sup>189</sup> Pastor Ridruejo concurre al defender que, “circunscrita la noción de legítima defensa a la reacción contra un ataque armado, hay que señalar que el ejercicio del derecho está regido por el principio de proporcionalidad entre aquel ataque y la reacción del Estado agredido. Aún no establecida de manera expresa por el Artículo 51 de la Carta [de la ONU], estamos ante una exigencia inherente a la propia figura y que encuentra apoyo diáfano en el Derecho Internacional general de naturaleza consuetudinaria, cuando no en los principios generales del Derecho”.<sup>190</sup>

Esta distinción de “la proporcionalidad inherente a la legitimidad de la defensa”<sup>191</sup> fue exigida por la CIJ, en el caso presentado ante ese tribunal, Nicaragua contra los Estados Unidos, y relativo a las actividades militares y paramilitares en el país centroamericano. Tomando en cuenta las normas consuetudinarias del derecho internacional, en su sentencia del 27 de junio de 1986 referente al caso, la CIJ estimó que existe una norma específica según la cual el derecho a la autodefensa garantiza únicamente medidas que sean proporcionales a los ataques armados y necesarios para repelerlos, norma muy bien establecida en el derecho internacional. En consecuencia, la acción estadounidense de

---

<sup>188</sup> Schmitt, ‘Book Review: Law on the Battlefield’ (1998) 8 USAFA Journal of Legal Studies 255, 263. Dinstein, ‘The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict’ (Cambridge University Press 2004) 125, concuerda con Schmitt en el argumento de que, el ámbito de la proporcionalidad en el jus ad bellum es muy amplio, puesto que la norma busca restringir el uso de la fuerza armada, de manera tal que, los daños anticipados sean proporcionados a las ventajas totales obtenidas.

<sup>189</sup> Véanse también la aportación de Cesáreo Gutiérrez Espada, ‘La Regulación del Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales y la Actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas’, en C. Ramón Charnet (Editor), *Uso de la Fuerza y Protección de los Derechos Humanos en un Nuevo Orden Internacional*, (PUV 2006) 11-36.

<sup>190</sup> Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (supra nota 10) 624.

<sup>191</sup> Ibid.

minar aguas territoriales nicaragüenses es un acto ilegal, *inter alia*, porque el mencionado acto era desproporcionado con relación a cualquier ayuda que Nicaragua haya dado a los insurgentes Salvadoreños.<sup>192</sup>

Cannizzaro<sup>193</sup> concuerda con la proposición de Gardam, Gutiérrez Espada y Pastor Ridruejo, en el sentido de que “la proporcionalidad constituye un límite para el poder de los Estados de recurrir a la fuerza”<sup>194</sup> y, además, sugiere que “en el *jus ad bellum*, la proporcionalidad tiene una doble función: sirve tanto para identificar las situaciones en las que es permisible el uso unilateral de la fuerza como para determinar la intensidad y la magnitud de la acción militar....Por lo que se refiere al primer aspecto, las situaciones en las que es posible emplear la fuerza unilateralmente se determinan valiéndose de un argumento funcional: los Estados sólo pueden recurrir unilateralmente a la fuerza para defenderse de un ataque armado, pero en la medida necesaria para repelerlo. Esto significa que la legítima defensa no es un instrumento ilimitado, sino que su único objeto es repeler los ataques armados, garantizar provisionalmente la seguridad de los Estados, así como evitar el uso de la fuerza en razón de retaliación o medida punitiva. La eliminación por la fuerza de situaciones de amenaza, y el establecimiento de condiciones de seguridad permanentes, parecen haber sido consideradas por la comunidad internacional como tareas que han de llevarse a cabo colectivamente”.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> Ibid 622-624. Véase fuente original en inglés en la página web oficial de la CIJ, Caso Relativo a la Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos) (Méritos) (1986) CIJ Rep. 122 <<http://www.icjci.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=nus&case=70&k=66>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>193</sup> Cannizzaro, ‘Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War’ (supra nota 176).

<sup>194</sup> Ibid 3; Gardam, ‘Necessity, Proportionality and the Use of Force by States’ (Cambridge University Press 2004).

<sup>195</sup> Cannizzaro, ‘Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War’ (supra nota 176) 4.

Atendiendo a estas consideraciones aportadas por la doctrina y la jurisprudencia de la CIJ, podríamos inferir que, la proporcionalidad, dentro del contexto del *jus ad bellum*, tiene que ver con las acciones y protección del Estado y, la invocación de la necesidad militar<sup>196</sup> en relación a la autodefensa. En este sentido, la norma es un determinante del uso legítimo de la fuerza para alcanzar el objetivo militar, ó, como principio general del derecho internacional, un requisito jurídico de contramedidas legítimas.<sup>197</sup> Es necesario poner de relieve que, este binomio que constituye el principio de proporcionalidad, es decir, el balance requerido entre la cantidad de fuerza usada y los resultados obtenidos, debe ser teóricamente un proceso constante de juicio durante todo el conflicto armado, aún cuando se aclame al legítimo derecho a la autodefensa.<sup>198</sup> Ahora bien, los elementos sustentadores

---

<sup>196</sup> Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied in International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press 2006) 69-77 afirma que la necesidad militar y el principio de proporcionalidad son dos caras de la misma moneda. Efectivamente, el grado de necesidad, o ventaja militar potencialmente a obtener, está determinado por la cantidad de fuerza requerida para alcanzarlo, en otras palabras, por el principio de proporcionalidad. La necesidad consiste en cuestionarse si la una situación demanda el uso de la fuerza, la proporcionalidad la cantidad de fuerza. Así, por ejemplo, la necesidad, como principio general del derecho internacional, puede ser invocada por un Estado como defensa frente a una violación de una obligación impuesta por ese sistema normativo. A diferencia del examen de la proporcionalidad, como proceso continuo durante el conflicto, la necesidad, una vez invocada, su función se da por terminada. Al respecto Gardam afirma que “necessity by its nature is inapplicable once the decision to resort to force is taken, unless the situation that led to the necessity changes, as, for example, if the attacking state at any time evinces its intention to withdraw and cease the hostilities”; véase Gardam, ‘Necessity and Proportionality in Jus As Bellum and Jus in Bello’ in Laurence Boisson de Chazournes & Phillipe Sands (Editors), *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, (Cambridge University Press 1999) (footnote) 277; Gutiérrez Espada, *El Estado de Necesidad y el Uso de la Fuerza en el Derecho Internacional* (Tecnos 1987); Pietro Verri, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados* (CICR 1992) 99 <<http://www.scribd.com/doc/1834262/Diccionario-Derecho-Internacional> > accedido el 5 de mayo de 2012.

<sup>197</sup> Las contramedidas son actos que toman Estados lesionados frente a un hecho ilícito, con el fin de obtener reparación y de que ese hecho ilícito cese. Además, las contramedidas son una forma de autotutela, que en condiciones normales, serías contrarias a las obligaciones impuestas por el derecho internacional; véase Antonio Remiro Brotons, *et. al.*, *Derecho Internacional* (McGraw Hill 1997).

<sup>198</sup> Obsérvese que el uso de la fuerza en casos de autodefensa no solo debe ser proporcional pero también necesario e inmediato. Esto es una cuestión de sentido común, de otra manera incidentes fronterizos menores podrían usarse como pretexto para desatar una guerra. El principio de inmediatez requiere que el acto de autodefensa deba ser ejecutado subsecuentemente de manera inmediata al ataque armado. El objeto de este requisito de inmediatez es prevenir abusos y agresiones militares, que podrían llevarse a cabo mucho después de que las hostilidades hayan cesado, usando como pretexto la autodefensa. No obstante, este requisito debe de tomar en cuenta las circunstancias individuales del Estado atacado. De ahí que, por ejemplo, en el caso de la Guerra de las Malvinas, no fue sino hasta un mes después de que las tropas

del principio de proporcionalidad en el *jus ad bellum* han sido tradicionalmente las consideraciones territoriales del Estado. En otras palabras, el principio pone límites a los daños que pueda causarse en el territorio de un Estado<sup>199</sup> ó, daños que, en palabras de Calpini, provienen de hechos como agresión, reconquista de territorio debidamente sustraídos, castigo de un ilícito y, por consiguiente, competencia de la autoridad habilitada para hacer la guerra, recta intención.<sup>200</sup> Dentro de estas perspectivas, el principio de proporcionalidad, como técnica normativa del *jus ad bellum*, no contiene un componente humanitario dentro de su estructura connotativa sino que encapsula, por su naturaleza, junto al principio de necesidad, una función de protección concerniente a la autodefensa del Estado.<sup>201</sup> La función humanitaria de esta norma ha sido reservada para el *jus in bello*.

### 3.2.3 Orígenes del Principio de Proporcionalidad en el *Jus in Bello*

La invocación de ‘recetas’ legales internacionales, con el objeto de enmarcar el entretejido normativo que compone el DIH, ha sido constantemente una tarea audaz. La promesa de que la violencia será desplazada por el imperio de la ley, ó la imposición de límites hacia las tendencias más bajas de la humanidad cuando enganchada en guerras fratricidas es, con veracidad, una labor quijotesca y noble. La ambivalencia entre el establecimiento de restricciones y la protección de inocentes durante los conflictos armados ó, en palabras de

---

británicas estuvieran preparadas para contraatacar tomando en cuenta la lejanía geográfica; véase Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Routledge 2004) 316-317.

<sup>199</sup> Greenwood, ‘Self-Defence and the Conduct of International Armed Conflict’ in Y. Dinstein (Editor), *International Law at the Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Martinus Nijhoff Publishers 1989) 273-278.

<sup>200</sup> Rodolfo Calpini, ‘El Concepto de Imperio en la Era de la Globalización’ en B. Riutort (Editor), *Conflictos Bélicos y el Nuevo Orden Mundial* (Icaria 2003)116, cita al pie de página 5.

<sup>201</sup> No es nuestro objetivo entrar en un análisis detallado del derecho legítimo a la autodefensa. Sin embargo, para efectos de claridad, es necesario establecer que, el Artículo 2(5) y 51 de la Carta de la ONU constituyen las bases estructurales del sistema moderno *de jus ad bellum* e, indudablemente, el principio de proporcionalidad es un componente fundamental del derecho a la legítima autodefensa frente a un ataque armado; véase Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Clarendon Press 1963) 43.

Kennedy,<sup>202</sup> entre promesa y miedo, ha permitido que esas limitaciones para la violencia hayan sido admitidas dentro de las normativas legales humanitarias del derecho internacional desde hace varios siglos.<sup>203</sup> El principio de proporcionalidad no aparece explícitamente, en particular, en ningún tratado de DIH. Sin embargo, el principio ha rondado por mucho tiempo las proscripciones normativas del DIH. De hecho, algunos expertos, en su “exhumación y actualización de la antigua doctrina Cristiano-medieval de la guerra justa”,<sup>204</sup> aclaman la existencia del principio de proporcionalidad dentro de la juridificación de esa época histórica. La doctrina de la guerra justa, conjuntamente con la influencia secular derivada de la institución de la caballería que protegía a ciertos grupos,<sup>205</sup> se constituyó como la fuente del posterior desarrollo de una teoría secular de la guerra justa. El principio de proporcionalidad, durante los inicios de la doctrina Cristiano-medieval, requería de un examen sobre las consecuencias que el mal general de la guerra podría acarrear en relación al bien que la misma traería.<sup>206</sup> No obstante, la guerra, producto de la acción humana, y no como fenómeno mecánico o cuasi natural, que requiere de racionalización práctica,<sup>207</sup> dentro de la temprana perspectiva Cristiano-medieval de la

---

<sup>202</sup> David Kennedy, *International Legal Structures* (Nomos 1987) 256.

<sup>203</sup> Stainer ‘Protección Penal Internacional de las Víctimas de la Guerra: Los Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma’ (supra nota 23) 39.

<sup>204</sup> Calpini, ‘El Concepto de Imperio en la Era de la Globalización’ (supra nota 200) 10.

<sup>205</sup> La institución medieval de la caballería se refería al cuerpo militar o clase guerrera de la época medieval. Esta institución fue la fuente de un código consuetudinario –las leyes de caballería–, ejecutado por las Cortes de Caballería francesa e inglesas, y que prohibía el uso de armas como arcos y ballestas por cuanto las mismas habilitaban a un guerrero para atacar desde la distancia sin correr el riesgo de ser atacado. Normas de conducta de la guerra incluían, por ejemplo, otorgamiento de libertad a un prisionero a cambio de que el prisionero no atacara a su cautivador., ó, prohibición de atacar a propiedades privadas. Los grupos protegidos incluían a sacerdotes, niños, minusválidos y, por supuesto, a soldados. Para un análisis detallado de la institución de la caballería véanse Leslie Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester University Press 2000) y J. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, 1985.

<sup>206</sup> Véase Frederick H. Russell, *The Just War in the Middle Ages*, (Cambridge University Press 1975).

<sup>207</sup> Véase Alfredo Cruz Prados, *La Razón de la Fuerza. Concepto y Justicia de la Guerra* (Pearson Prentice Hall 2004).

guerra justa, respondía no al concepto de proporcionalidad pero al de causa justa.<sup>208</sup> No respondía al principio de proporcionalidad como norma legitimadora de la guerra porque, en sus primeros pasos, la doctrina cristiana de la guerra justa no hacía distinción moral alguna entre combatientes y civiles. Además, tal doctrina, como modelo punitivo, consideraba la implicada culpabilidad del enemigo como causa justa para recurrir al uso de la fuerza contra ese enemigo y, así, proteger a los no culpables, que en gran medida no involucraba a la población civil.<sup>209</sup> Es claro que, una vez calificada la causa como justa el fin justificaba los medios, por tanto, una causa justa no necesariamente significaba el empleo de medios de guerra justos, con ello determinándose de esta forma la conducta de las hostilidades y la intensidad de la violencia

¿Qué queremos decir con las anteriores premisas? Pues bien, lo que afirmamos es que, la norma en sus inicios, enfrentaba el problema de la interdependencia entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*<sup>210</sup> y, en consecuencia, las guerras desencadenadas, ó el recurso al uso de la fuerza, no tenía cuestionamiento ni regulación jurídica dentro de un *jus ad bellum* substancialmente significativo. La regulación jurídica del uso de la fuerza tomó cause con la construcción de la Carta de San Francisco de 1945. Entonces, era de esperarse que esta interdependencia a la que nos referimos perturbara una posible implementación efectiva del *jus in bello*.

Este carácter amalgamado de la temprana doctrina cristiana de la guerra justa empieza a seccionarse durante su dinámica evolutiva, para dar paso a la construcción de “un conjunto

---

<sup>208</sup> Johnson, *Jus War Tradition and Restraint of War* (supra nota 185) xxii.

<sup>209</sup> Colm Mckeog, *Innocent Civilians: The Morality of Killing in War* (Palgrave Macmillan 2002) 28. No olvidemos que las guerras de ese periodo eran llevadas a cabo por ejércitos profesionalizados.

<sup>210</sup> En otras palabras, si la causa de una guerra era justa, cualquier medio empleado para alcanzar el fin era permisible; Russell, *The Just War in the Middle Ages* (supra nota 206).



de reglas dirigidas a limitar los actos de violencia y destrucción, entre los cuales aparecerá la necesidad de distinguir entre quienes intervienen activamente en las hostilidades y aquellos que quedan al margen de ellas. Al mismo tiempo, como parte incipiente de este principio de distinción...comienza a perfilarse la, aún débil, idea de que determinados bienes no deben ser atacados porque su destrucción se considera innecesaria al no proporcionar ninguna ventaja para el atacante”.<sup>211</sup> Así, en la aportación doctrinal de los primeros fundadores del derecho internacional del siglo XVI como Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Hugo Grocio, y más tarde Emerich de Vattel, se comienza a reflexionar sobre las dos nociones fundamentales y sobre las que luego se construiría el edificio normativo moderno del DIH: el principio de proporcionalidad y el de inmunidad del no combatiente. Con este entramado de situaciones emerge una doctrina puramente secular del principio de proporcionalidad que más tarde se solidificaría en el entretejido normativo del sistema legal internacional. No obstante, la noción de proporcionalidad, como regulación limitadora concerniente a la conducta de la guerra y, fundamentada sobre el naciente principio de necesidad, aún permanecería focalizado en los análisis de estos expertos pero dentro del contexto del *jus ad bellum*. En consecuencia, una de las premisas colectivas de estos teóricos, aún reconocida por la comunidad internacional en la actualidad, es que la guerra solo puede ser declarada por una autoridad legítima para efectos de restauración de algo perdido o reparación.<sup>212</sup> En el plano particular, con su perspectiva progresista, Francisco de Vitoria señaló que “es lícito en la guerra hacer todo lo que sea necesario para

---

<sup>211</sup> Julio Jorge Urbina, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario. Desarrollo e Implementación del Principio de Distinción entre Objetivos Militares y Bienes de Carácter Civil* (Tirant lo Blanch 2000) 38.

<sup>212</sup> Mckeog, *Innocent Civilians: The Morality of Killing in War* (supra nota 209) 116-118.

la defensa del bien público”.<sup>213</sup> Este padre fundador del derecho internacional asimismo indicó que matar a civiles inocentes, mujeres, niños y cleros religiosos, huéspedes extranjeros en un país y a civiles era una acción contraria al derecho natural, dando así un gran paso hacia la protección de civiles.<sup>214</sup> De manera similar, Francisco Suárez argumentó que “una vez comenzada la guerra y durante todo el tiempo que duran las hostilidades, es justo infligir al enemigo todos los daños que parezcan necesarios para obtener la satisfacción o para conseguir la victoria, siempre que no impliquen injusticias directas contras los inocentes. Porque si es lícito el fin, también lo serán los medios necesarios”.<sup>215</sup>

Debemos también resaltar que Grocio y Vattel enfatizaron en sus análisis el principio de inmunidad civil durante una guerra. Sin embargo, ambos expertos reconocían que las víctimas civiles debían ser reconocidas pero como consecuencia incidental e imprevista de la violencia, de lo que de otra manera sería un objetivo militar legítimo.<sup>216</sup> Específicamente, a Grocio, (quien afirmó que “es lícito en la guerra lo que es necesario para alcanzar el fin”)<sup>217</sup> se le acuña el desarrollo del principio de igual implementación del *jus in bello*, sin importancia a la causa que un contendor alegue como justa para justificar el uso de la fuerza.<sup>218</sup> Además este jurisconsulto clásico estableció la distinción entre lo que era moralmente deseable en la guerra y las normas legales que la regularían, extensibles para

---

<sup>213</sup> Francisco de Vitoria citado en Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (supra nota 10) 636.

<sup>214</sup> Anthony Pagden & Jeremy Lawrence (Editors), *Vitoria Political Writings*, Press (Cambridge University Press) 2001.

<sup>215</sup> Francisco Suárez citado en Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (supra nota 213) 636.

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> Ibid.

<sup>218</sup> Geoffrey Best, ‘The Place of Grotius in the Development of International Humanitarian Law’, in A. Dufour, et. al., *Grotius Et L’ordre Juridique International: Travaux du Colloque Hugo Grotius* (Payot 1985)105.

los que portaban armas, los que incitaban la violencia y todas las personas del territorio enemigo.<sup>219</sup>

Vattel abogaba por moderación entre los contendores como factor esencial de la guerra justa.<sup>220</sup> También Vattel defendió que, “a part from the case in which there is no question of punishment for an enemy, the whole may be summed up in this general rule: All acts of hostility which injure the enemy without necessity, or which do not tend to procure victory..., are unjustifiable, and as such condemned the natural law”.<sup>221</sup> Nótese en esta afirmación la idea de derecho natural. Pues bien, Vattel trazó una distinción entre los principios positivos del derecho internacional, sin norma alguna en esa época para juzgar, o limitar, el uso de la fuerza motivada por la causa justa de una guerra, y el derecho natural, el cual tampoco sancionaba a ninguna Nación-Estado que se levantaba en armas contra otra motivado por una causa injusta.<sup>222</sup> ¿Cómo podía entonces resolverse una controversia entre Estados soberanos, que por su naturaleza intrínseca, no reconocían autoridad superior alguna que definiera sus derechos, de acuerdo con Vattel? Para responder a esta pregunta debemos remitirnos a los principios del derecho de gentes, o principios positivos del derecho de las naciones, cuyo contenido enfatizaba la conducta de la guerra como actividad exclusiva de los Estados. En otras palabras, si la conducta de guerra se desarrollaba ajustándose a ciertos principios normativos, el Estado que obtuviera la victoria podía

---

<sup>219</sup> Kalshoven defiende que Grotius no puede ser interpretado como sugerente de limitaciones relacionadas con la conducción de la guerra, comparable a los requerimientos del principio moderno de proporcionalidad; véase Fritz Kalshoven, ‘Grotius’ Just in Bello with Special Reference to Ruses of War and Perfidy’ in A. Dufour, *Grotius et L'ordre Juridique International: Travaux du Colloque Hugo Grotius* (Payot 1985) 89-90.

<sup>220</sup> Best, ‘The Place of Grotius in the Development of International Humanitarian Law’ (supra nota 218).

<sup>221</sup> Emerico de Vattel cited in Best, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts* (George Weidenfeld & Nicolson Ltd. 1980) 54-55.

<sup>222</sup> Véase Vattel, *El Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural Aplicados a la Conducta, y a los Negocios de las Naciones de los Soberanos* (León Amarita 1834).

obtener ciertos derechos derivados de la confrontación y la victoria, e independientemente de la valoración que se otorgara a la causa -justa o injusta- de la guerra.<sup>223</sup>

Como podemos observar, el resultado de esta construcción doctrinal fue la consecuente separación entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello*. En efecto, con el desarrollo de las Naciones-Estados, y el derrumbamiento de la doctrina de la guerra justa en el siglo XIX, se marca el amanecer del *jus in bello* como cuerpo normativo, independiente del *jus ad bellum*, por tanto, del sistema moderno de DIH, y del crecimiento del concepto de guerra como un instrumento de la política nacional. Dentro de este contexto, la implementación del *jus in bello* dependería del comienzo de una guerra y en relación al individuo, y no ya de la regulación del uso de la fuerza entre Estados.<sup>224</sup> Es precisamente que durante este periodo de evolución normativa, en el que se incluye a las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907 y la construcción de las Convenciones de Ginebra de 1949, se desarrollan normas humanitarias, concretadas en la codificación de aquellas que regulan los métodos y medios de guerra.<sup>225</sup> Los fundamentos del principio moderno de proporcionalidad, como norma humanitaria, emergen esencialmente durante este periodo de desarrollo histórico del *jus in bello*, subyacente por la ya mencionada idea de que los combatientes no poseen

---

<sup>223</sup> Ibid; Jorge Urbina, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario* (supra nota 211) 39, quien defiende que “desde la Escuela Clásica Española del Derecho internacional hasta Vattel, pone de manifiesto una progresiva renuncia a todo intento por limitar el empleo de la fuerza, en consonancia con el comportamiento de los Estados. El concepto de *bellum iustum* que se deriva de la construcción doctrinal elaborada por los teólogos-juristas españoles gira alrededor de la idea de causa justa y supone un importante esfuerzo dirigido a limitar la libertad de los príncipes a recurrir a la guerra, al configurar ésta como un recurso excepcional en manos de los Estados para obtener una adecuada satisfacción frente a una injuria grave cuyo autor se niega a reparar y no como un derecho inherente de su soberanía”.

<sup>224</sup> Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (infra nota 322) 391; Lothar Kotsch, *The Concept of War in Contemporary History and International Law* (Librairie E. Droz 1956) 83; Jorge Urbina, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario* (supra nota 211) 42.

<sup>225</sup> Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (infra nota 322) 397.

medios ilimitados para infligir daños excesivos en el enemigo. A partir de estas premisas se construyó el principio de proporcionalidad con relación a combatientes y principio de inmunidad de no combatientes.

No debemos olvidar que Juan Jacobo Rousseau afianzó los fundamentos jurisprudenciales de ese concepto de inmunidad del no combatiente en el siglo XVIII, comenzado muchos años atrás con la secularización de la doctrina Cristiano-medieval, a como hemos considerado. Este filósofo defendió, y solidificó la idea westfaliana de que, la guerra es una actividad ejecutada entre Estados y no individuos. Esta diferencia clave entre el Estado y los individuos construida por Rousseau, levantada sobre la idea de que el inocente no porta armas, contrapuesta a la del soldado que las porta, permitió perpetuación e infiltración de la idea medieval de diferenciar entre los portadores y no portadores de armas en el moderno sistema de DIH.<sup>226</sup> Esta noción rousseauiana de inmunidad del no combatiente fue la base para que la noción del no combatiente se encapsulara en las Conferencias de Paz de la Haya.<sup>227</sup> A partir de las bases teóricas aportadas por la teoría rousseauiana, la norma de la proporcionalidad, en su concepción moderna, emerge ligada a la subyacente premisa de que el único objetivo legítimo de la guerra ejecutada por Estados es debilitar a las fuerza militares del enemigo, principios que encontraron expresión en la Declaración de San Petersburgo de 1868, y en el Derecho de la Haya, como estipulación que sanciona el uso de armas que provocan sufrimiento innecesario en el enemigo.<sup>228</sup> Este desarrollo normativo

---

<sup>226</sup> Johnson, *Jus War Tradition and Restraint of War* (supra nota 185) 131; Richard Hartigan, 'Noncombatant Immunity: Reflexion on its Origins and Present Status' (1967) 29(2) *Review Politics* 204, 214.

<sup>227</sup> Antonio Cassese, 'Means of Warfare: The Traditional and the New Law', in A. Cassese (Editor), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (Editoriali 1979) 257; Cassese afirma que el concepto de inmunidad civil ha variado a través de su historia. Así, por ejemplo, Clausewitz, defendía la idea de atacar a civiles como medida de obtener ventaja psicológica y política, dentro de la estrategia general de desgastar la voluntad y moral del adversario, cuestión completamente adversa hoy en día al DIH.

<sup>228</sup> Cassese, *ibid* 161; Gardam, 'Proportionality and Force in International Law' (infra nota 322) 397.

encapsula el principio de proporcionalidad con relación a combatientes, y como dispositivo central del actual derecho de los conflictos armados.<sup>229</sup>

### 3.2.4 El Principio Moderno de Proporcionalidad en el *Jus in Bello* del Siglo XX

Anteriormente sugerimos que el sistema normativo moderno del DIH se desarrolló entre el siglo XIX y la construcción de las Convenciones de Ginebra de 1949. Ahora bien, a pesar de que Clausewitz subestimó el efecto del derecho internacional y la costumbre durante ese periodo, en las conclusiones de su obra cumbre, “De la Guerra”, reconoció que las relaciones internacionales, y la condición social de Estados involucrados en una guerra, conllevaban a restricciones.<sup>230</sup> Es claro que, nuestro deseo no es aventurarnos en un análisis deontológico sobre el concepto de restricción concerniente a la conducta de las hostilidades, y afirmar que esos límites provienen más bien de la necesidad militar de los combatientes, o de ahorrar recursos, más que de una filosofía de la compasión. Lo que si debemos afirmar contundentemente es que a través de la historia occidental han existido límites y reglas definidas de enganche para los conflictos armados, a como hemos observado, por la ética cristiana occidental. Los siglos XIX y XX continuaron con esa ilación, de ahí que, durante ese periodo, se codificaran muchas de las normas que regulan los actuales medios y métodos de guerra, siendo las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907 reflejo de ese desarrollo normativo. Precisamente, los fundamentos del principio moderno de proporcionalidad emergieron durante esa época, a como reiteramos, el cual estructurado sobre la noción de que los combatientes no poseen métodos o medios

---

<sup>229</sup> Ibid.

<sup>230</sup> Clausewitz, *De la Guerra* (supra nota 4). En efecto, Clausewitz, defendió que, la guerra como acto de fuerza empleado para obligar al enemigo a cumplir con nuestra voluntad, no era irrestricta; apegado al acto de fuerza, existen limitaciones imperceptibles y auto-impuestas que con dificultad debilitan la guerra, no dignas de ser mencionadas, y conocidas como derecho internacional y costumbre.

irrestringidos para causar daños o sufrimiento superfluo en el enemigo. A partir de esta idea angular de carácter humanitario son extraídos los componentes del principio de proporcionalidad, en relación a combatientes y no combatientes.

Es de importancia retrospectivamente resaltar el año 1863, que pareciera trazar la línea divisoria entre la era consuetudinaria y de codificación del DIH. Durante ese año, el Dr. Francis Lieber, bajo instrucciones del gobierno estadounidense, compendió y desarrolló el Código Lieber (un conjunto de normas relacionadas con la conducta de la guerra terrestre), en respuesta a infracciones graves de normas consuetudinarias de ese tiempo, calificadas inclusive como terror, y hechas durante la guerra civil contra la población civil.<sup>231</sup> El Código Lieber articuló el principio de distinción al estipular la prohibición de que la población y bienes civiles no deberían ser atacados deliberadamente. Sin embargo, a pesar de que en ese instrumento se reconocía que el daño colateral debería ser evitado, ese instrumento no garantizaba la inmunidad absoluta de no combatientes como resultado de un ataque a un objetivo militar legítimo.<sup>232</sup> Esta noción se desprendía del principio básico de la necesidad militar, la cual consistía de medidas indispensables conducidas con el fin de asegurar los objetivos de la guerra, y que podían conllevar a daños o destrucción incidentalmente inevitables.<sup>233</sup>

Asimismo debemos poner de relieve que, aunque el Código Lieber “no tenía valor de tratado, ya que estaba destinado únicamente a las fuerzas nordistas de los Estados Unidos

---

<sup>231</sup> Personas desarmadas eran asesinadas, saqueo de casas y negocios era común, por la Unión; véanse Charles M. Mink, ‘General Order 11: The Forced Evacuation of Civilians During the Civil War’ (1970) 34(4) Military Affairs 132, 132-136; CICR, ‘¿Cuál es el Origen del DIH?’ 1 de enero de 2004 <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdljk.htm>> accedido el 5 de mayo de 2012.

<sup>232</sup> Mink, ‘General Order 11: The Forced Evacuation of Civilians during the Civil War’ (supra nota 232).

<sup>233</sup> Ibid.

de América que luchaban en la Guerra de Secesión,<sup>234</sup> el instrumento fue, sin embargo, un trampolín para el desarrollo progresivo de DIH. En efecto, el Código Lieber inspiró la noción subyacente al principio de proporcionalidad, expresada en la premisa de “que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo”.<sup>235</sup> Esta idea fundacional del derecho humanitario fue una mera afirmación conceptual de la noción de que la guerra debería focalizarse no en civiles pero en las fuerzas militares. A la luz de estos acontecimientos, inferimos que el principio de proporcionalidad, durante este periodo de construcción jurídica, fue desarrollado con relación al concepto de combatiente, y como reflejo de las realidades estratégicas imperantes en el siglo XIX. Si bien es cierto que durante esa centuria, la guerra era llevada a cabo por ejércitos profesionalizados, orientados teóricamente por la noción de no atacar a civiles, la realidad era otra: la población civil carecía de protección frente a la violencia armada; resultaba ser blanco incidental, por tanto, hecho aceptable como resultado de un ataque a un objetivo militar legítimo. En este contexto, el principio de proporcionalidad tomó mucho más trascendencia frente a la cada vez ampliada sensibilidad hacia el creciente número de muertes civiles, producto de las conflagraciones armadas, pero en interconexión con el combatiente.

Así, el principio de proporcionalidad evolucionó para llegar a constituirse en un elemento integral y complementario de la norma de inmunidad del no combatiente. Este entretejido normativo debió tejerse de esa manera porque la norma de la inmunidad del no combatiente requiere que los combatientes no solo se distingan de la población civil sino que, también,

---

<sup>234</sup> CICR, ‘¿Cuál es el Origen del DIH?, (supra nota 231).

<sup>235</sup> Declaración de San Petersburgo de 1868 con el Objeto de Prohibir el Uso de Determinados Proyectiles en Tiempo de Guerra (St.Petersburg).



requiere que los combatientes, en sus operaciones militares discriminen constantemente entre objetos militares y bienes civiles.<sup>236</sup>

En este entramado, el principio de proporcionalidad tiene sentido; lo posee porque para efectos estratégicos, la inmunidad del no combatiente no es, y nunca ha sido considerada como absoluta,<sup>237</sup> ya que muertes incidentales de civiles han sido siempre toleradas como resultado de las acciones militares, idea que, a como reiteramos, fue contemplada por los clásicos del derecho internacional y en el Código Lieber. Jorge Urbina concuerda con este argumento cuando indica que, “resulta irreal pretender garantizar una inmunidad absoluta para la población y los bienes civiles, [ya que siempre existirá] un grado de destrucción que se va a considerar como una consecuencia inevitable de la guerra, justificada por la importancia militar del objetivo contra el que se dirige el ataque, siendo necesario determinar el límite a partir del cual tales daños no se consideran permitidos...función [que] le corresponde al principio de proporcionalidad, que exige la existencia de una relación razonable entre los efectos de destrucción lícitos y los daños colaterales indeseables”.<sup>238</sup> Estas consideraciones nos sirven para indicar con certeza, a como afirman estos expertos, que el principio de proporcionalidad fue diseñado para discernir el nivel de protección que los civiles podrían recibir frente a los posibles efectos colaterales de los conflictos armados. Para este efecto debemos comprender la necesidad imperativa de articular la noción de que los combatientes no poseen la libertad ilimitada de emplear métodos o medios de guerra que infligen sufrimiento superfluo en el enemigo. Esta noción

---

<sup>236</sup> Esbjorn Rosenblad, *International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction* (Henry Dunan Institute 1979) 53.

<sup>237</sup> Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (infra nota 322) 391.

<sup>238</sup> Jorge Urbina, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario* (supra nota 211) 179.

fundacional del DIH, a como Gardam sostiene, es de carácter bifrónico.<sup>239</sup> Primero porque la práctica prohibitiva de medios de guerra específicos, comenzada con la Declaración de San Petersburgo, y levantada sobre el principio de humanidad, fue continuada en las regulaciones anexas a la Convención de la Haya de 1907, Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, y donde consideraciones sobre el principio de proporcionalidad entraron en juego para determinar la aceptabilidad de esos medios.<sup>240</sup> Es de particular interés indicar las regulaciones contenidas en los Artículos 25, 26 y 27 de este régimen. El Artículo 25 establece la prohibición de “atacar o bombardear, cualquiera que sea el medio que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos”.<sup>241</sup> Similarmente la normativa 26 estipula que “el comandante de las tropas asaltantes, antes de proceder al bombardeo y salvo en caso de ataque a viva fuerza, deberá hacer todo lo que esté a su alcance para prevenir a las autoridades”. La normativa 27 regula que “en los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares. Los

---

<sup>239</sup> Gardam, ‘Necessity, Proportionality and the Use of Force by States’ (supra nota 194) 391.

<sup>240</sup> Efectivamente el Artículo 23 estipula lo siguiente: “Además de las prohibiciones establecidas por Convenciones especiales, es particularmente prohibido: (a) Emplear veneno o armas envenenadas; (b) Dar muerte o herir a traición a individuos pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; (c) Dar muerte o herir a un enemigo que habiendo depuesto las armas o no teniendo medios para defenderse se haya rendido a discreción; (d) Declarar que no se dará cuartel; (e) Emplear armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios; (f) Usar indebidamente el pabellón parlamentario, el pabellón nacional o las insignias militares y el uniforme del enemigo, así como los signos distintivos de la Convención de Ginebra; (g) Destruir o tomar propiedades enemigas, a menos que tales destrucciones o expropiaciones sean exigidas imperiosamente por las necesidades de la guerra; (h) Declarar extinguidos, suspendidos o inadmisibles ante los Tribunales los derechos y acciones de los nacionales del adversario; véase la Convención de la Haya de 1907, Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre .

<sup>241</sup> Ibid.

sitiados están en la obligación de señalar esos edificios o lugares de asilo con signos visibles especiales que se harán conocer de antemano al sitiador”.<sup>242</sup>

Esta misma cláusula está contenida en el Artículo 1 de la Convención de la Haya de 1907 Relativa al Bombardeo por las Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra, la cual establece que “es prohibido bombardear por fuerzas navales los puertos, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos. Una localidad no puede ser bombardeada solo por el hecho de que ante su puerto se encuentren ancladas minas submarinas de contacto”.<sup>243</sup> Estas prerrogativas son de suma importancia porque no solo a través de su codificación se demuestra la prohibición de métodos de guerra que causan efectos desproporcionados para la población civil, pero también se reconoce de manera implícita que facilidades o bienes civiles podrían tener potencialmente una función militar. En otras palabras, en esta época ya comienza a reconocerse la posibilidad de una función dual -militar y civil- de los bienes civiles. Es este sentido las Convenciones funcionaron como catalizador para el futuro cuestionamiento del principio de proporcionalidad en relación a combatientes y, favoreciéndola en función del principio de inmunidad civil.

El segundo lado de ese carácter bifrónico<sup>244</sup> fue el asentimiento normativo aceptado en la Convención de la Haya de 1907 de que, medios de guerra no prohibidos por ese instrumento en todo caso debían ser proporcionados con relación al objetivo militar alcanzado, idea motivada posiblemente por el deseo de proteger a los combatientes más que

---

<sup>242</sup> Ibid.

<sup>243</sup> Véase Convención IX de La Haya Relativa al Bombardeo por las Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra, 1907.

<sup>244</sup> Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (infra nota 322).

a la población civil,<sup>245</sup> pero de alguna manera en consonancia con la famosa Cláusula Martens,<sup>246</sup> sin duda alguna, de operatividad jurídica en el ámbito del derecho humanitario cuando se trata de cubrir lagunas existentes en el ordenamiento legal internacional que, en este caso se refiere a ciertos métodos de guerra que causan sufrimiento innecesario no regulados explícitamente por la Convención. Además, la prohibición de manera implícita no podía descartar a la población civil si la misma era afectada como consecuencia de un conflicto armado.

El principio de proporcionalidad construido con relación a combatientes, y determinado por la necesidad militar, fue también cuestionado como consecuencia del desarrollo del poder aéreo como método de guerra, empleado durante la IGM (1914-1918) y la Guerra Civil Española (1936-1939). La estrategia de bombardeo aéreo estaba ligada únicamente a la costumbre de solo atacar objetivos militares legítimos y a la prohibición de ataques

---

<sup>245</sup> Ibid 399.

<sup>246</sup> La Cláusula Martens, incorporada en el segundo preámbulo del segundo Convenio de la Haya de 1899, y en el preámbulo del Cuarto Convenio de la Haya de 1907, establece que “En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra, pueda ser dictado, las altas partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas en ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Nótese que la Cláusula Martens es replicada en el Artículo 158 de la Cuarta Convención de Ginebra, en el Artículo 1(2) del PAI y en el Preámbulo del PAII. La Cláusula Martens como mecanismo jurídico ha motivado subsecuentes codificaciones humanitarias con el objeto de que, aún aquellos que no sean parte de las convenciones y protocolos, no salgan del ámbito de implementación por las normas consuetudinarias pertinentes del DIH. Es este sentido la Cláusula Martens pareciera elevar el estatus de la costumbre en el DIH. En el Artículo 1(2) del PAI el vocablo original ‘uso establecido’ hace alusión al de ‘costumbre establecida’. En el preámbulo del PAII se incluye una versión sintetizada de la Cláusula Martens sin hacer referencia al derecho consuetudinario, afirmado meramente que “en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Para un análisis detallado sobre los orígenes, formulación y alcance de la Cláusula Martens, véase Xavier Pons Rafols, ‘Revisitando a Martens: Las Normas Básicas de Humanidad en la Comisión de Derechos Humanos’, en M. Vargas Gómez-Urrutia & A. Salinas de Frías (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo* (Publicaciones de la Universidad de Sevilla 2005) 1098. También véase K. Edward Kwakwa, *International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application* (Kluwer Academic Publishers 1992); véase comentario referente a la Cláusula Martens (infra nota 354).

indiscriminados.<sup>247</sup> No obstante, el concepto imperante de objetivo militar era amplio durante esa época. A pesar de las regulaciones, la concepción estratégica de objetivo, determinada por la necesidad militar del ataque, era tan amplia que (ligada al entendimiento de la guerra total en ese periodo) virtualmente incluía destruir a todo esfuerzo de contribución a la guerra. Esa amplitud abarcaba no solo a la infraestructura militar y civil, sino que a la industria, fuerza de trabajo, y de forma notoria a la población civil del enemigo. Pero, a como defiende Kalshoven, si los beligerantes tomaban en consideración valores fuera de los objetivos militares escogidos, que por si mismos no constituían objetivos militares, el próximo paso entonces sería determinar si el daño colateral era aceptable como daño incidental inevitable del ataque,<sup>248</sup> respuesta encontrada naturalmente en la necesidad militar de atacar a un objetivo sin importar los daños excesivos. No existe realmente un límite para el daño colateral excesivo si la ventaja militar esperada es de vital beneficio. Atacar a civiles era una estrategia aceptable en tanto que, como tal, afectaba a la moral de la población del enemigo, en consecuencia, considerándose como objetivo militar. Ahora, el daño colateral endémico e indiscriminado, resultante de las campañas de bombardeo, encontraba su causa inmediata en bombardeos a gran altitud, sin precisión, y otros factores como condiciones ambientales y errores de inteligencia. Esto quiere decir que aunque no existiera la voluntad explícita de atacar indiscriminadamente, cualquier resultado era aceptable en términos de la necesidad militar; la naturaleza de los bombardeos

---

<sup>247</sup> James M. Spaight, *Air Power and War Rights* (Longmans 1947) 228-229.

<sup>248</sup> Kalshoven, 'Implementing Limitations on the Use of Force: The Doctrine of Proportionality and Necessity. Remarks by Kalshoven' (1992) 86 ASIL Proceedings of the Annual Meeting 39, 41-43.

estratégicos, combinada con la naturaleza imprecisa de los ataques, se postulaba como un método efectivo en alcanzar las ventajas militares y derrotar al enemigo.<sup>249</sup>

Como hemos constatado, la población civil era inevitablemente vulnerable, y blanco colateral, a una escala mucho mayor que la existente antes del desarrollo de la guerra aérea. Esta problemática no fue una excepción durante la IIGM. Durante el desarrollo de esta guerra la inhabilidad de los aviones aliados para bombardear con precisión,<sup>250</sup> mientras se mantenían niveles aceptables de bajas, combinado con la influencia de teorías estratégicas que enfatizaban la erosión de la moral civil del oponente, conllevaron a la destrucción de áreas urbanas enteras. Esta problemática incrementó el sufrimiento humano, especialmente con la detonación de las bombas nucleares de Hiroshima y Nagasaki en 1945, donde se calcula que entre 70 y 80 mil personas resultaron muertas, la misma cantidad de heridos, correspondiendo a un 63 por ciento de la población de muerta y de heridos de la ciudad.<sup>251</sup> No debemos tampoco olvidar la destrucción masiva de la infraestructura civil; en Nagasaki, la situación fue devastadora: “Approximately 40,000 persons were killed or missing and a like number injured. Of the 52,000 residential buildings in Nagasaki 14,000 were totally

---

<sup>249</sup> En esencia, la idea de derrotar a la moral del opositor, a través de ataques a la población civil, encontró su génesis en estrategias como Giulio Douhet y Hugh Trenchard. El italiano Douhet defendía que el enemigo podía ser derrotado con más facilidad, rapidez, economía y menos violencia si directamente se atacaba a la población civil, centro de gravedad más débil del enemigo; véase, Giulio Douhet, *The Command of the Air* (Faber & Faber Ltd. 1943). El británico Marshal Trenchard, sostenía que un objetivo militar era aquel objetivo que contribuía efectivamente a la destrucción de los medios de resistencia del enemigo, y desgaste de su determinación de contienda; véase Trenchard en Charles Webster and Noble Frankland, *The Strategic Air Offensive Against Germany 1939-45* (H.M.S.O. 1961). Estas perspectivas intelectuales evidentemente ignoraban los principios de distinción y humanidad al enfatizar la trascendencia instrumental de la población civil en términos estratégicos.

<sup>250</sup> Bombardeo aliado a gran altura, durante la noche, para evadir la artillería y aviones de guerra alemanes, conllevó a la dificultad de identificación de blancos, en consecuencia, solo un veinte por ciento de las bombas cayeron dentro de un radio de 5 millas del blanco en 1941, mientras que en 1943 dentro de tres millas del blanco; véase Archer Jones, *The Art of War in the Western World* (University of Illinois Press 1987) 579.

<sup>251</sup> Véase ‘The U.S. Strategic Bombing Survey: The Effects of Atomic Bombs on Hiroshima and Nagasaki’, Summary Report, 1 July 1946 <<http://www.anesi.com/ussbs01.htm>> accedido el 5 de mayo de 2012.

destroyed and a further 5,400 badly damaged. Ninety-six percent of the industrial output of Nagasaki was concentrated in the large plants of the Mitsubishi Co. which completely dominated the town”.<sup>252</sup> La destrucción se podía explicar porque “Nagasaki was a highly congested city built around the harbour and up into the ravines and river valleys of the surrounding hills. Spurs of these hills coming down close to the head of the bay divide the city roughly into two basins. The built-up area was 3.4 square miles of which 0.6 square miles was given over to industry. The peak wartime population of 285,000 had been reduced to around 230,000 by August 1945, largely by pre-raid evacuations”.<sup>253</sup>

Estos eventos cuestionaron la efectividad del principio de distinción. En consecuencia, Douhet, reflejando las circunstancias imperantes de ese tiempo, cuestionó la futura existencia del concepto de inmunidad civil y explica que “now it is actually populations and nations, and not their armies or navies, which come to blows and seize each other’s throats...We dare not wait for the enemy to begin using the so-called inhuman weapons banned by treaties before we feel justified in doing the same...Owing to extreme necessity, all contenders must use all means without hesitation, whether or not they are forbidden by treaties, which after all are nothing but scraps of paper compared to the tragedy that would follow”.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> Ibid.

<sup>253</sup> Ibid.

<sup>254</sup> Douhet, *The Command of the Air* (supra nota 249) 189-195. Como ejemplos de la problemática se podrían citar los ataques alemanes a gran escala a Londres en 1940; véase W.A. Jacobs, ‘The British Strategic Air Offensive Against Germany in World War II’, in R. Cargill Hall, *et. al.*, (Editor), *Case Studies in Strategic Bombing* (US Air Force History and Museums Program 1998) 118-119 <<http://www.anesi.com/ussbs01.htm>> accedido el 5 de mayo de 2012. La estrategia militar británica buscaba la destrucción de viviendas y sitios públicos de distracción para destruir la habilidad y voluntad de los trabajadores de industrias alemanas. El fin detrás de esta estrategia era erosionar la voluntad apoyo a la guerra de la población civil alemana; véase John Ellis, *Brute Force: Allied Strategy and Tactics in the Second World War* (Viking 1990) 180. El poder de fuego ruso mató a cincuenta mil civiles, en la ciudad alemana de Dresde el 13 de Febrero de 1945; la ola de

Pero no solo el principio de distinción fue cuestionado. La norma de la proporcionalidad en relación a combatientes fue puesta bajo presión, conllevando al continuo problema de otorgar significado real a todas las reglas codificadas del DIH, y a las disposiciones consuetudinarias de protección a la población civil durante los conflictos armados. Las atrocidades cometidas durante las dos guerras mundiales expusieron la impotencia de las normas humanitarias que sostienen el edificio del DIH. También generaron un profundo y nuevo interés hacia el principio de inmunidad civil. Ese interés tuvo efectos directos sobre la enfatización y reforma de las reglas que protegen a la población civil frente a las conflagraciones armadas. Esta nueva motivación instrumental hacia la restauración de los principios normativos que protegen a la población civil frente a los conflictos armados, en conjunción con el consenso emergente en la práctica de los Estados de que ataques ejecutados contra la población civil, con el objeto de aterrorizarla, eran antijurídicos,<sup>255</sup> trajo como consecuencia lógica, además, el exordio formalizado del principio moderno de necesidad militar. Este principio, sostiene Jorge Urbina, es parte del derecho convencional, integrado en el Preámbulo de la Declaración de San Petersburgo de 1868,<sup>256</sup> y permite el uso de la fuerza únicamente necesaria para debilitar al enemigo, sin que ello exceda ciertos límites y que la califiquen como inhumana. En otras palabras, el principio moderno de necesidad militar implica que existen ventajas militares que alcanzar, para cuyo efecto se requiere de la destrucción de blancos pero que podrían resultar incidentalmente en muertes de civiles. Sin embargo, “la muerte [excesiva] de los civiles, en la medida en que no

---

refugiados que buscaba escapar de la avanzada rusa, combinado con los ataques fueron parte del clima psicológico de la guerra que buscaba provocar terror en civiles y obstrucción de vías de comunicación, por ende de las tropas alemanas; véase Ronald Shaffer, *Wings of Judgement: American Bombing in World War II* (Oxford University Press 1985) 103.

<sup>255</sup> Hersch Lauterpacht, ‘The Problem of the Revision of the Law of War’ (1952) 29 *British Journal of International Law* 360, 365.

<sup>256</sup> Jorge Urbina, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario* (supra nota 211) 53-54.



toman parte activa en la guerra, se considera un daño superfluo y, por lo tanto, injustificado”.<sup>257</sup> El daño civil incidental no es contrario a las disposiciones del derecho internacional porque debe existir un nivel razonable de conexión entre destrucción, daño incidental y la acción de compeler al enemigo a rendirse.

Dentro de este entramado, el principio moderno de proporcionalidad adquiere una nueva connotación. El nuevo epicentro del principio de proporcionalidad se determina con relación a ataques indiscriminados y al daño incidental causado a la población civil, y no con referencia al combatiente, o a blancos a defender o defendidos, así consagrado en las regulaciones de La Haya. Esta aseveración no sugiere que el principio de proporcionalidad fuera desposeído enteramente de su trascendencia concerniente a las normas que regulan el impacto de las conflagraciones armadas sobre los combatientes,<sup>258</sup> sino que, la nueva dinámica de la directiva enfatiza consideraciones sobre una definición más precisa de objetivos militares y ataques indiscriminados, situación confirmada por la antijuridicidad hacia prácticas bélicas empleadas con el fin de aterrorizar a la población civil durante la IIGM.<sup>259</sup>

Resumiendo, el principio de proporcionalidad encuentra su génesis en relación a combatientes, subyacente por la noción de que los combatientes no poseen medios ilimitados de infligir daños en el enemigo. Esta noción fundacional del DIH, en conjunción a la premisa de que el único objetivo de la guerra es usar la fuerza necesaria para debilitar al oponente generó la doctrina de la inmunidad civil. Esta dinámica, a su vez, provocó una

---

<sup>257</sup> Ibid 54.

<sup>258</sup> Los combatientes reciben la fuerza de la protección contenida en la norma proveyendo que el ataque no sea indiscriminado.

<sup>259</sup> Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (supra nota 245).

reacción normativa que conllevó a la construcción de un principio de proporcionalidad, que específicamente prohibía ataques indiscriminados, ó deliberados contra la población civil, la mayor amenaza para la doctrina de la inmunidad del no combatiente, así probado con el desarrollo del poder aéreo como método de ataque, durante la primera mitad del siglo XX. Este nuevo enfoque desembocó en la codificación del principio de proporcionalidad, contenido en el régimen convencional internacional de las Convenciones de Ginebra de 1949, primeros instrumentos comprensivos sobre la protección de poblaciones civiles vulnerables a las calamidades de la guerra, dignos de ser estudiados en su contexto.

### 3.2.5 El Principio de Proporcionalidad como Norma Convencional de DIH

Con antelación sugerimos que la norma de la proporcionalidad debe su existencia a que, como norma humanitaria que pretende limitar el sufrimiento de la población civil, la noción busca alcanzar un balance entre dos fuerzas que compiten por establecerse en el campo de las hostilidades: la necesidad militar y el principio de humanidad. La función humanitaria del principio de proporcionalidad es exigir que se respeten ciertos límites en el uso de la violencia armada, con el objeto de que los daños infligidos a la población civil y los bienes protegidos, como resultado de una acción bélica, no sean excesivos en relación a la ventaja militar obtenida.<sup>260</sup> Evidentemente que en la consecución de los objetivos militares, los beligerantes deben de recurrir al uso de la fuerza. Sin embargo, en el sentido del *jus in bello*, el principio de proporcionalidad está relacionado con cálculos en el uso de la fuerza para dominar al enemigo, sin que ello conculque, en teoría, la protección contenida en la norma misma en términos de vidas humanas. En consecuencia, en la ecuación de la

---

<sup>260</sup> Federico Arcos Ramírez, '¿Se Puede Hablar de Guerras Justas?' en I. Campos Cerveza, *et.al.* (Editores), *Desafíos Actuales de los Conflictos Armados: Reflexiones sobre el Derecho a la Paz* (Dyckinson 2006) 89.

proporcionalidad no se incluyen a las acciones del Estado con relación al uso de la fuerza en casos de autodefensa. En contraste, el receptor de la protección contenida en el principio de proporcionalidad en el *jus in bello* se desplaza hacia el individuo -el no combatiente- y a los bienes civiles en relación a la ventaja militar a tomar. Estas premisas parecen carecer, a *prima face*, de vicisitud alguna. No obstante, el argumento de Cannizzaro es prudente cuando afirma que el requisito de la proporcionalidad en el *jus in bello* posee un carácter diferente porque “mientras que la regulación jurídica del uso de la fuerza se basa en un derecho superior del Estado atacado respecto del atacante, la regulación jurídica de los medios y métodos de guerra está dominada por el principio de la paridad de los beligerantes y el principio concomitante del respeto debido por cada uno de ellos a los intereses y valores de índole humanitaria. Por eso, la interacción que domina la evaluación de la proporcionalidad en el *jus in bello* está relacionada en este caso con la ventaja militar que cada beligerante intenta alcanzar, y con el daño que sufran los valores humanitarios, en particular -aunque no sólo- entre los civiles y las personas protegidas”.<sup>261</sup>

Aún más, como extensión de los anteriores razonamientos, es posible dudar que el principio de proporcionalidad sea implementable cuando, al ejecutarse un ataque contra un objetivo militar legítimo, resulten víctimas inesperadas o destrucción de bienes civiles, idea nada nueva cuando referida a esta norma. El DIH reconoce que el uso de la fuerza militar siempre acarrea el riesgo de que, sin intención alguna, bienes civiles sean dañados o miembros de la población civil resulten víctimas,<sup>262</sup> situación que en el lenguaje común es

---

<sup>261</sup> Cannizzaro, ‘Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War’ (supra nota 176) 8.

<sup>262</sup> Rosenblad, International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction (supra nota 236); Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (infra nota 322); Jorge

denominada daño colateral, aún cuando cínicamente bajo esta etiqueta resulten muertos.<sup>263</sup>

El daño colateral *per se* no es antijurídico. De lo anterior se desprende que, una de las tantas vicisitudes del principio moderno de proporcionalidad no es interrogarse la existencia de la norma *per se* sino, más bien, qué significa, cómo debe ser implementada y, sobre todo, determinar su efectividad en su papel humanitario de protección, especialmente cuando su discernimiento es muchas veces difícil de ser alcanzado. Estamos de acuerdo con Cassese cuando argumenta que “the principle that when attacking military objectives belligerents must make sure that any collateral damage to civilians is not out of proportion to the military advantage anticipated also turns out to be rather loose”.<sup>264</sup> Asimismo se ha defendido que “the proportionality’ is by definition very questionable, except in extreme cases (for example, in order to destroy a tiny garrison controlling a bridge, the adversary annihilates a whole village surrounding the place where the garrison is located). However, it is important to try to define this principle as precisely as possible, not only with a view to restraining the otherwise unfettered power of belligerents, but also with an eye to the possible criminal consequences of violations of the principle...it is therefore necessary to set out with the greatest precision the scope of the prohibition, in order duly to take into account the principle of legality”.<sup>265</sup>

Pues bien, en directa relación con estas ideas, es un imperativo reiterar que, el principio de proporcionalidad fue considerado en las disposiciones de la Haya de 1907. Además, estos

---

Urbina, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario* (supra nota 211).

<sup>263</sup> James Burger, ‘International Humanitarian Law and the Kosovo Crisis: Lessons Learned and to Be Learned’ (2007) 82(837) *International Review of the Red Cross*, pp. 129-145; P. Rowe, ‘Kosovo 1999: The Air Campaign-Has the Provisions of Additional Protocol I Withstood the Test?’

<<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqcs.htm>> accedido el 5 de mayo de 2012.

<sup>264</sup> Cassese, *International Law* (Oxford University Press 2005) 417.

<sup>265</sup> Ibid 418.

instrumentos jurídicos incorporaron, dentro de sus ámbitos normativos, al principio de distinción como directiva fundacional de la arquitectura normativa del DIH,<sup>266</sup> con el objeto de estipular la ilegalidad de acciones bélicas que no respeten el principio de humanidad de la población civil. Sin embargo, esta regulación no debe interpretarse como que, un ataque contra un blanco que se considere dual no deba restringirse. El Artículo 23 (e) de este régimen legal prohíbe el uso de “armas, proyectiles o materias propias para causar males innecesarios”; mientras que el Artículo 27 establece que el ejército debe tomar todas las medidas necesarias para evitar posibles daños a edificios de importancia cultural o religiosa.<sup>267</sup> El Artículo 27 contenido en el anterior instrumento es reiterado, y extendido, en el Artículo 35 del PAI a las Convenciones de Ginebra de 1949, relativo a la regulación de métodos y medios de guerra que infligen sufrimiento superfluo, regula que: 1) “en todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado; 2) Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios”.<sup>268</sup>

Estas dos cláusulas funcionan, de acuerdo con muchos expertos, de dos formas. Primero, se restringe el posible número desproporcionado de víctimas incidentales y daños a bienes civiles, que pueda resultar con relación a métodos y medios empleados al obtener la ventaja

---

<sup>266</sup> El Anexo al Convenio de La Haya de 1907: Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, El Art. 25 estipula que “Es prohibido atacar o bombardear, cualquiera que sea el medio que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos”.

<sup>267</sup> Ibid Art. 27 establece que “En los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en donde estén asilados los enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares.

<sup>268</sup> El tercer inciso del PAI, Art. 35, y del cual no nos ocupamos en esta tesis, regula que “queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.

militar durante un conflicto armado;<sup>269</sup> por tanto, “this rule is another way of stating the rule of proportionality defined in the context of the protection of the civilian population in Arts. 51(5)(b), and 57(2)(a)(iii)”<sup>270</sup> del PAI. Segundo, al usarse en la estructura connotativa el término ‘Partes en conflicto’ y no combatientes o beligerantes, se establece que la obligación de usar métodos y medios de guerra ilegales también se extiende a individuos que escojan utilizarlos para infligir sufrimiento innecesario.<sup>271</sup> Ahora bien, “limitations are those inherent in the complementary principles of necessity and humanity which underlie the law governing the conduct of hostilities. The principle of necessity justifies those measures of necessary violence, and only those measures, not *forbidden by international law* which is relevant and proportionate to securing the prompt submission the enemy with the least possible expenditure of economic or human resources. The principle of humanity complements the principle of necessity by forbidding those measures of violence which are not necessary (i.e. relevant and proportionate) to the achievement of a definite military advantage. Inherent to the principles discussed above are the following elements: A) There are limitations on the methods and means of warfare; B) These limitations are expressed in binding international law; C) Loss of life and destruction inflicted must have some rational tendency to the prompt achievement of a definite military advantage and, D) Such casualties and damage must not be disproportionate or excessive in relation to the military advantage anticipated”.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup> Por ejemplo, son partidarios de esta línea de pensamiento Michael Bothe *et.al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflict* (Martinus Nijhoff Publishers) 195.

<sup>270</sup> Ibid.

<sup>271</sup> Ibid.

<sup>272</sup> Ibid.

Pues bien, estas consideraciones nos llevan a la regla convencional de DIH relativas al principio de proporcionalidad, consagrada en los artículos del PAI mencionados arriba y a las Convenciones de Ginebra. El principio de proporcionalidad como norma convencional del DIH es enunciada tres veces, de forma a negativa, en esos artículos. Observemos específicamente las tres enunciaciones.

En varias cláusulas específicas de la enunciación contenida en el Artículo 51, del PAI, encontramos elementos que consagran el principio de proporcionalidad. Así, entre otros, “se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados...(a) los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análoga de personas civiles o bienes de carácter civil” y (b) “los ataques, cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.<sup>273</sup>

Es de trascendencia mencionar la complementariedad de la normativa contenida en el Artículo 57(2)(a) el cual regula lo siguiente con relación a precauciones que el atacante debe de tomar: “abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.<sup>274</sup> Notemos en este entretejido jurídico lo estipulado en el Artículo 57(2)(b), el

---

<sup>273</sup> PAI, Art. 51.

<sup>274</sup> PAI, Artículo 57 (2)(iii).

cual afirma que “un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”.<sup>275</sup>

Finalmente, antes de entrar en el análisis de estas enunciaciones expresemos lo establecido en el Artículo 8(2)(b) del Estatuto de Roma. Esta normativa estipula, con relación al crimen de guerra, que un ataque desproporcionado es aquel que es lanzado “intencionalmente a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea”.<sup>276</sup>

Entonces, es evidente que enunciar la norma como principio convencional de derecho internacional, o cuestionarse su existencia, no es realmente problemático porque, a como hemos observado, su existencia se manifiesta en la concreción de los artículos contenidos en los instrumentos jurídicos internacionales. El problema radica reiteradamente en su interpretación, implementación<sup>277</sup> y efectividad. Su enunciación es un hecho de descripción más que de análisis.

---

<sup>275</sup> Ibid.

<sup>276</sup> Estatuto de Roma, Artículo 8(2)(b).

<sup>277</sup> Efectivamente, William Fenrick, antiguo fiscal del TCIAY, defiende que es más fácil formular el principio de proporcionalidad en términos generales que implementarlo a un conjunto de circunstancias particulares debido que, con frecuencia, la necesidad de la comparación que requiere la norma, es hecha entre valores y cantidades diferentes. ¿Cómo se podría examinar el valor de vidas humanas inocentes como contrapuesta a la consecución de un objetivo militar particular?; véase Fenrick, ‘Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense’ (1997) 7 Duke Journal of Comparative and International Law 539, 545-546.



### 3.3 Análisis Legal del Principio de Proporcionalidad en el DIH

En íntima relación a los precedidos análisis sobre el principio de proporcionalidad y, la estructura conceptual de las anteriores enunciaciones, existen varios elementos intrincados de trascendencia que retan o, en realidad, refuerzan nuestro entendimiento sobre la directiva como norma convencional de DIH. Enumerémoslos, para efectos de simplificación y claridad.

#### 3.3.1 Proporcionalidad en el Estatuto de Roma y el PAI: ¿Dos Versiones Diferentes?

Inferimos de las enunciaciones que existe una diferencia lingüística entre el principio de proporcionalidad enunciado en el Estatuto de Roma y el PAI, diferencia que, afecta deficientemente una interpretación unificada de la regla. Pues bien, el Estatuto de Roma establece a la ventaja militar como una ventaja de “conjunto”, refiriéndose a la campaña militar como un todo.<sup>278</sup> En contraste, el PAI hace alusión a “ventaja militar concreta y prevista”<sup>279</sup> pero no menciona a una de “conjunto”. Esta dualidad pareciera indicar la existencia de dos formulaciones de la norma de proporcionalidad, a como analizaremos más adelante, una que requiere de implementación de caso por caso y otra que demanda un examen acumulativo de la campaña militar en su conjunto. Aún está por aclararse cuál de las dos formulaciones representa una mejor comprensión del derecho internacional consuetudinario, problema que afectaría su implementación.

---

<sup>278</sup> Estatuto de Roma, Art. 8, 2(b)(iv).

<sup>279</sup> PAI, Art. 51, 5(b).

### 3.3.2 ¿Ataques Proporcionados o Ataques Excesivos?

En primer lugar, debemos establecer que metabolizar el término de la proporcionalidad no es una labor fácil, debido a que el concepto es muy vasto. En consecuencia, la noción es susceptible de grados amplios de interpretación. Así es que un juicio basado en buena fe solo es prudente. Habiendo considerado esta proposición, nos aventuramos a prestar atención a los términos ‘excesivos’ y ‘proporcionados’. Pues bien, el término proporcionalidad o ‘proporcionados’ no aparece explícitamente en ninguno de los instrumentos legales internacionales. En el PAI se usa al adjetivo ‘excesivos’ para describir a un ataque desproporcionado. La tendencia del PAI es de salvaguardia, por tanto, si el término ‘excesivos’ es un descriptor de los efectos negativos que un conflicto armado trae para la población civil, en consecuencia, este concepto sintácticamente funciona como sinónimo del término desproporcionados.<sup>280</sup> El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define ‘excesivo’ como “algo que va más allá de lo lícito o razonable”.<sup>281</sup> Sin embargo, el adjetivo ‘excesivo’ nos confronta con varios problemas. El primer problema que nos presenta este descriptor es de carácter connotativo e incumbe a la carencia de una definición clara y precisa sobre el término ‘excesivo’, de manera que la decisión de atacar sea basada en un examen militar razonable y, que no contravenga la disposición de no causar daños colaterales potencialmente a la población y bienes civiles.<sup>282</sup> Además, aunque una situación que sea calificada como desproporcionada, por tanto considerada como ‘excesiva’, tal calificación no necesariamente corresponde al caso de que algo ‘excesivo’ es con certeza ‘desproporcionado’. Para ejemplificar, los británicos

---

<sup>280</sup> Bothe, *et. al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflict* (supra nota 269) 1095-197.

<sup>281</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (supra nota 5).

<sup>282</sup> Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (supra nota 205) 351.

atacaron y hundieron al barco argentino ‘El Belgrano’ durante la guerra de las Malvinas en 1982. Mientras que muchos consideraron como excesivo el número de muertos consecuencia del ataque y hundimiento del barco, en contraste, el gobierno británico no consideró la misma situación como desproporcionada en relación al objetivo militar alcanzado.<sup>283</sup>

Analicemos la segunda vicisitud. El vocablo ‘excesivo’, como alternativa a la noción de ‘proporcionado’, transmite la idea de que la proporción es tan grande, que en sí misma es autoevidente o claramente discernible.<sup>284</sup> A *prima facie* esta premisa no da espacio alguno para argumentos contrapuestos. No obstante, dado a que los elementos a pesar en la ecuación de la proporcionalidad no pueden ser cuantificados con facilidad, entonces, la norma exclusivamente solo posee por objeto prevenir ataques manifiestos o evidentes,<sup>285</sup> tanto que, “es obvio que los tribunales y la opinión pública mundial no se tragan [esos] excesos”,<sup>286</sup> y, por supuesto, situación que no abarca a los ataques no obvios y que podrían causar daños excesivos para la población civil. La perspectiva de J. Fenrick, es interesante en cuanto que nos ayuda a exponer la problemática inherente del término excesivos. De acuerdo con Fenrick, el significado de la noción ‘excesivos’ es problemática porque “Since the quantities being measured, civilian losses, and military advantage, are dissimilar, it is not possible to establish any reasonably exact proportionality equation between them. As

---

<sup>283</sup> Ibid.

<sup>284</sup> Dinstein, ‘The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict’ (supra nota 188) 120. En el Estatuto de la Corte Penal Internacional la noción ‘excesivos’ es calificada por el adverbio ‘manifiestamente’ sugiriendo que el umbral del propósito de la responsabilidad individual criminal es mucho más alto; véase el Estatuto de Roma, Artículo 8 (2)(b)(iv). Además el vocablo ‘manifiestamente’ implica que la gravedad y evidencia del ataque desproporcionado debe ser tal como para que garantice una demanda ante la Corte, véase Joseph Holland, ‘Military Objective and Collateral Damage: Their Relationship and Dynamics’ (2004) 7 Yearbook of International Humanitarian Law 35, 49.

<sup>285</sup> Waldemar A. Solf, ‘Article 52’ in Bothe, *et. al.*, (supra 269) 325.

<sup>286</sup> Bermejo García, ‘El Conflicto de Chechenia a la Luz del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 171) 146.

attacks directed at the civilian population are already prohibited by Article 51(2), it is clear that the attacks directed in theory against military objectives which cause such injury to civilians as to make it obvious that the attack was in fact directed against them would be “excessive”, but **how** much higher the standard is to be drawn is unclear from the text of Protocol I itself”.<sup>287</sup> Schmitt concurre con Fenrick e indica lo siguiente: “how does one, for instance, compare tanks destroyed to the number or serious civilian injuries or deaths caused by attacks upon them? Dissimilar entities cannot be compared absent a common currency of evaluation. A basic dissimilarity is exacerbated by the fact that different situated parties will inevitably value specific collateral damage and incidental injury on the one hand, and military advantage on the other, differently. An apt example is the environment. Consensus exists that environmental damage constitutes collateral damage. Yet, the perceived ‘valued’ of the environmental damage will vary widely from country to country, culture to culture, vocation to vocation, and so forth”.<sup>288</sup>

### 3.3.3 Determinar lo Indeterminado: Subjetividad en los Elementos a Pesar en la Balanza

“Precisar y definir cuando hay proporcionalidad y cuando las pérdidas civiles podrían ser desproporcionadas, reviste una cierta dosis de ambigüedad y subjetividad”,<sup>289</sup> inherente en el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, en directa relación con la aceptada aseveración de Fenrick,<sup>290</sup> en los comentarios a los Protocolos del CICR se reemplaza la noción de ‘excesivos’, por la de ‘extensivos’, con ello dándose la impresión de una

---

<sup>287</sup> Fenrick, ‘The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare’ (1982) 98 Military Review, 91,102.

<sup>288</sup> Schmitt, ‘Fault Lines in the Law of Attack’ in S. Breau, & A. Jachec-Neale (Editors), *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law* (British Institute of International and Comparative Law 2006) 293.

<sup>289</sup> Bermejo García, ‘El Conflicto de Chechenia a la Luz del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 171) 146.

<sup>290</sup> Fenrick, ‘The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare’ (supra nota 287).

restricción máxima, o total, para el daño desproporcionado que el atacante pueda infligir en la población y daños civiles aún cuando, a como reiteramos, la determinación de lo que constituye daño colateral excesivo es punto de divergencias, al extremo que podría rendir la norma sin implementación alguna.<sup>291</sup> Ahora bien, en este contexto debemos además indicar el argumento siguiente. Si el propósito es aumentar la barrera de protección conferida por la norma de la proporcionalidad, propósito perfectamente comprensible cuando se trata de proteger a vidas humanas, no obstante, esta postura es insostenible por cuanto es contraria a la intención real de la norma: establecer un balance entre la necesidad militar y la muerte de civiles.<sup>292</sup> En otras palabras, la directiva representa un compromiso entre el deseo de proteger a la población civil y las demandas de la necesidad militar.<sup>293</sup> Así, estamos de acuerdo con la mayoría de los investigadores, en que el principio de proporcionalidad no es absoluto por cuanto permite cierto nivel de daño colateral incidental a la población civil. Dentro de esta línea de razonamiento, argumentamos que, sin este elemento de compromiso consagrado en la norma convencional de la proporcionalidad, los beligerantes estarían en plena libertad de ignorarla por considerarla impráctica.<sup>294</sup> La proporcionalidad imbuida en el PAI, en este sentido, no limita directamente la efectividad militar de los combatientes. En efecto, esos instrumentos intentan limitar las capacidades militares preservando, al mismo tiempo, la libertad de los contendores para ganar dentro de las disposiciones impuestas, elemento esencial para la sobrevivencia de esos regímenes.<sup>295</sup>

---

<sup>291</sup> ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia (2000)  
<[http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp\\_report\\_nato\\_bombing\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf)> accedido el 7 de mayo de 2007.

<sup>292</sup> Anthony P. Rogers, *Law on the Battlefield* (Manchester University Press 1996) 18.

<sup>293</sup> Ibid 17.

<sup>294</sup> Bothe, *et. al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflict* (supra nota 269) concuerda con esta indicación.

<sup>295</sup> Louise Doswald-Beck, 'The Value of the 1977 Geneva Protocols for the Protection of Civilians, in *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*'

El elemento de subjetividad no termina en estas consideraciones. Con frecuencia es observado que, cálculos en la ecuación de la proporcionalidad son inevitablemente subjetivos debido a que la ecuación se estructura con especies heterogéneas, esto es, los objetivos militares y la vida de miembros de la población civil, para los cual no existe un valor proporcional o relación alguna. Concerniente a esta idea debemos señalar dos argumentos relacionados con la subjetividad del asunto. En primer lugar, la determinación de los elementos implicados en la ecuación de la proporcionalidad requiere con precisión que esos elementos sean clarificados así como, también, detectar que elementos deben o no deben de pesarse. Si bien es cierto que la directiva jurídica incumbe a la idoneidad de medios y métodos de guerra usados en relación a individuos, el empleo de esos métodos puede aún resultar en daños desproporcionados. Esta cuestión es así porque determinar el balance entre obtener una ventaja militar y los daños causados, en términos de sufrimiento y pérdida de vidas, corresponde a una evaluación subjetiva, de sentido común (que es subjetivo) y de buena fe.<sup>296</sup> Medir la necesidad militar contra valores humanitarios son “exigencias muy indeterminadas y potencialmente incompatibles no solo en el plano moral...sino también en el...Derecho Internacional de los conflictos armados”.<sup>297</sup> Ahora bien, la ecuación de la proporcionalidad demanda un balance constante entre esas variables heterogéneas y cuya correlación entre ellas es de evaluación subjetiva, tanto que, excluye, en gran medida, posibilidad alguna de consenso real sobre el nivel aceptable de daño

---

(British Institute of International and Comparative Law 1989) 153.

<sup>296</sup> Véase Sandoz, *et. al.*, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, ICRC, 1987 (supra nota 41 (en español)).

<sup>297</sup> Arcos Ramírez, ‘¿Se Puede Hablar de Guerras Justas?’ (supra nota 260) 89. Gardam concuerda en esta argumentación con Arcos Ramírez. De acuerdo con Gardam, “The key dilemma is the subjective nature of assessing proportionality. It requires balancing between between two opposing goals: the swift achievement of the military goal with the minimum losses of one’s own combatants and the protection of the other party’s civilian populations. The military are unwilling to see the balance shift from the emphasis on the former”; Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (infra nota 322) 409.

colateral incidental. En consecuencia, el principio es un instrumento teórico y meramente retórico sin contenido sustantivo o práctico-funcional. El balance se complica aún más cuando los valores militares son abstractos, por ejemplo, la superioridad posicional o la victoria misma. Es muy difícil examinar el daño civil incidental con relación a un tanque en la complejidad del campo de batalla. Esta es una situación abstracta y obstruye la implementación efectiva la norma. De acuerdo con Best, la subjetividad del valor de un objetivo militar, relativo al costo de muertes de civiles, es incrementada por la dependencia de la posición del militar que toma la decisión de atacar en la cadena de las decisiones. Así es que, un alto oficial de operaciones podría observar la muerte de civiles desde un ángulo diferente al comandante ‘razonable’ que lleva a cabo la operación.<sup>298</sup> Ejemplificando, un comandante de sección podría ordenar un ataque y obliterar a un pueblo de 1000 habitantes, con el objeto de tomar superioridad posicional, antes de que el enemigo la tome. Esta acción podría parecer desproporcionada para el oponente y no para el comandante. En contraste, la muerte de 10 soldados podría parecer injustificada si su causa se debió a la protección de los 1000 habitantes del mismo pueblo.<sup>299</sup> Estos ejemplos sirven para demostrar que el principio de proporcionalidad no ofrece fundamentos precisos para impugnar juicios de valor subjetivos relacionados con las decisiones militares del ataque. Manifiestamente, si nos sujetamos a la antigua idea einsteiniana de que ‘nada es absoluto, lo único absoluto es que todo es relativo’ a la sazón llegamos a la conclusión de que, el argumento defendido por Cannizzaro de que, “una [evaluación] subjetiva es...incompatible con el principio de proporcionalidad”,<sup>300</sup> es insostenible. La tarea de balancear valores

---

<sup>298</sup> Geoffrey Best, *War and Law since 1945* (Clarendon Press 1994) 327.

<sup>299</sup> Ibid.

<sup>300</sup> Cannizzaro, ‘Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War’ (supra nota 176) 10.

disimilares -militares y consideraciones humanitarias- y, difíciles de cuantificar, implica a un amplio margen de apreciación, en consecuencia, conllevando a resultados no necesariamente satisfactorios, aún cuando convencido el atacante de que el daño colateral esperado será mínimo. Frente a esta sombría realidad, la decisión de atacar implica una evaluación ‘objetiva’ hasta donde sea posible, de manera honesta y transparente, a la luz de las circunstancias imperantes en el momento de ejecutar las acciones.<sup>301</sup>

También ha sido observado que la palabra ‘desproporcionada’ fue rechazada en favor del término ‘excesivo’ debido a la subjetividad inherente del primer vocablo. En realidad este asunto no ha sido resuelto. En el Estatuto de Roma se usa la palabra ‘manifiestamente’ como calificador de daños excesivos posiblemente implicando que esos daños deban ser discernibles de manera clara. De una forma o de otra, este lenguaje indica preocupación por cuantificar daños colaterales, producto del uso sin límites de la violencia armada.

### 3.3.4 ¿Cuál es la Fuente de la Balanza?

En directa relación con lo expresado directamente arriba, si aceptamos en términos clausewitzianos que la guerra es la continuación de la política por otros medios, o la premisa bien conocida de que el fin justifica los medios, entonces debemos concluir que limitar la violencia, para proteger a la población civil es un imperativo humanitario que requiere de la implementación efectiva del principio de proporcionalidad. La vicisitud es que, sin ánimo de entrar en una tautología, esta dinámica de humanización demanda la, ya explicada, balanza entre las consideraciones humanitarias y la necesidad militar. Esta

---

<sup>301</sup> Solf, ‘Article 52’ (supra nota 285) 310; Fernández Sánchez, concuerda con estos razonamientos cuando defiende que encontrar un punto de equilibrio no solo es difícil sino que, además, es muy complejo determinar qué es lo que prima en un momento dado, a pesar de que la protección de las víctimas siempre tiene preferencia en caso de incertidumbre; véase P.A. Fernández Sánchez, ‘El Traslado Forzoso de la Población Durante los Conflictos Armados’ en C. Ramón Chornet (Editor), (supra nota 171) 219.



balanza es construida sobre ‘pilares de arena’, o, no existe. En realidad, aunque se asume que el combatiente es el responsable de buscar la balanza entre el deseo de proteger a la población civil y las demandas que impone la necesidad militar,<sup>302</sup> al combatiente no se le provee la escala para la balanza y con la cual medir los daños colaterales. Este problema, a su vez, no solo motiva interpretaciones divergentes sobre la norma de la proporcionalidad, sino que, también, conlleva a diferentes justificaciones de los daños colaterales causados, o disminuir el controvertido ámbito de protección ofrecido por la norma, aumentando así el número de muertos. A *prima facie* se podría argumentar que, desde el punto de vista militar, en un extremo de la balanza se podría pesar la ventaja militar digna de ser alcanzada y, en el otro, el daño colateral incidental de la población civil. No obstante, este paisaje no se puede pintar en ‘blanco y negro’ porque existen otros elementos, como la densidad de la población localizada en las proximidades del blanco, exposición de la población civil a riesgo ó usándola como escudos humanos, derrame de sustancias tóxicas como efecto colateral del ataque, precisión y tipo de armamento usado por el atacante, el tipo de actor involucrado en la guerra, factores todos difíciles de cuantificación<sup>303</sup> y, por supuesto, a lo hay que agregarle la inmediatez del ataque.<sup>304</sup>

Nuestra posición, claro, no es compartida por algunos investigadores. Schmitt, por ejemplo, afirma que parte de la confusión radica en considerar a la ecuación de la proporcionalidad

---

<sup>302</sup> Rogers, *Law on the Battlefield* (supra nota 292) 17.

<sup>303</sup> Rogers, ‘Una Guerra sin Víctimas’ (supra nota 109) 179.

<sup>304</sup> Manuel Pérez González, ‘La Legítima Defensa Puesta en su Sitio: Observaciones Críticas Sobre la Doctrina Bush de la Acción Preventiva’ (2003) 55 (1) *Revista Española de Derecho Internacional* 187, 187-204; Pérez González afirma que la inmediatez concurre con la necesidad y proporcionalidad, específicamente, la inmediatez implica la “necesidad inmediata e imperiosa de defensa propia, que no permita la elección de medios, ni deje tiempo para deliberar”. Si bien es cierto este académico interpreta la inmediatez dentro del ámbito de la autodefensa estatal, la misma situación es transferible en el contexto del *jus in bellum*. Un ataque por sorpresa provoca reacción inmediata como mecanismo de autodefensa, sin necesariamente pensar en los métodos de contraataque y en daños que pueda traer, por tanto transgrediendo el principio de proporcionalidad.

como una balanza entre el daño colateral incidental y la ventaja militar adquirida. Así es que el examen de la proporcionalidad a medir en una escala es un problema en caso de que ese instrumento se incline hacia alguno de los extremos, aún cuando la inclinación sea de manera mínima. Para demostrar su argumento Schmitt, defiende que el examen no depende de la escala sino de los excesos porque la regla solo prohíbe ataques donde no hay proporcionalidad del todo entre los fines alcanzados y el daño civil incidental.<sup>305</sup> Concentrarse en excesos, sostiene Schmitt, evita la ficción legal de que el daño colateral, incidental, y la ventaja militar pueden ser medidos con precisión.<sup>306</sup> En última instancia, el asunto es ser razonable a la luz de las circunstancias prevalecientes en el momento y nada más.<sup>307</sup> La razón de nuestro desacuerdo con esta perspectiva se debe a que, para utilizar el argumento de Fenrick, si medimos cantidades disimilares, entonces, no es posible establecer razonablemente una balanza exacta en la ecuación de la proporcionalidad entre esas cantidades.<sup>308</sup> Nosotros no compartimos, en gran medida, la perspectiva de Schmitt por razones de alguna forma ya expresadas. No obstante, reiteremos, esta perspectiva no nos explica cuántas muertes de civiles debemos aceptar de forma razonable, ¿tres, cien, mil muertes de civiles, son excesivas o razonables? ¿Cómo medimos y valoramos el exceso? Si la implementación del principio de proporcionalidad no tiene relación alguna con el daño colateral *per se* y es de naturaleza prospectiva, ¿Cómo definimos, o medimos, lo que deberíamos esperar? ¿Cómo correlacionamos daños colaterales futuros con la ventaja militar adquirida? Tampoco esta línea de pensamiento aclara las diferentes apreciaciones

---

<sup>305</sup> Schmitt, 'Fault Lines in the Law of Attack' (supra nota 288) 293.

<sup>306</sup> Ibid.

<sup>307</sup> Ibid.

<sup>308</sup> Fenrick, 'Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense' (supra nota 277) 102.

sobre el mismo daño. No hay duda de que, la posición de Schmitt da por sentado el hecho de que todos hablamos el mismo lenguaje. Pero, ¿nos estamos comunicando?

### 3.3.5 El Carácter Jurídico del Principio de Proporcionalidad: ¿De Concreción o Prospección?

El principio de proporcionalidad establece que los combatientes deben abstenerse de ejecutar un ataque específico durante una operación militar porque, por su naturaleza, causará daños desproporcionados, con relación a la ventaja militar anticipada.<sup>309</sup> En otras palabras, la prohibición se circunscribe a aquellos “ataques cuando sea de prever que causarán incidentalmente muertos y heridos entre la población civil...que serían excesivos en relación a la ventaja militar concreta y directa prevista”. Este requisito no es una mera extensión del principio de distinción. El combatiente debe renunciar a la ventaja militar, aún cuando no existan otros medios para obtenerla, porque su adquisición implica daños desproporcionados para la población civil.<sup>310</sup> Similarmente Bermejo García aclara que, la regla de la proporcionalidad no justifica la pérdida de vidas civiles, sino que implica “la obligación de abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños o bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos con relación a la ventaja militar concreta y directa prevista. Por lo tanto, si se está en curso de llevar un ataque, y se vislumbra que tal regla va a ser violada, habrá que anular el ataque si todavía es posible”.<sup>311</sup> En otras palabras, la restricción impuesta por el principio de proporcionalidad va más allá de la prohibición de

---

<sup>309</sup> Dinstein, ‘The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict’ (supra nota 188) 102.

<sup>310</sup> Greenwood, ‘Customary International Law and the First Geneva Protocol of 1977 in the Gulf Conflict’ (supra nota 182).

<sup>311</sup> Bermejo García, ‘El Conflicto de Chechenia a la Luz del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 171) 146.

ejecutar ataques desproporcionados. Aún cuando el daño colateral esperado sea proporcionado, el atacante debe anticipar y minimizar los daños colaterales al máximo posible.<sup>312</sup>

Entonces, es claro que, la norma es de carácter prospectivo por cuanto el eje de la prohibición gira no entorno a las pérdidas de vidas concretas o daños causadas a civiles y a bienes, sino en torno al daño anticipado.<sup>313</sup> El estándar establecido por el PAI es prospectivo porque solo funciona como guía para los que planean ejecutar ataques durante una conflagración armada. En consecuencia, el principio demanda la comparación entre los daños civiles incidentales esperados y la ventaja militar concreta y directa anticipada. Inherentemente, planes de ataques, basados en expectativas y predicciones sobre eventos que ocurrirán en el futuro, deben estar, con certeza, llenos de complicaciones.

Reafirmemos, el principio de proporcionalidad como norma de carácter prospectivo no tiene nada que ver con el daño colateral *per se* resultado de la ventaja militar adquirida. En este sentido, la norma es una de intento, o posibilidad, que busca resultados óptimos porque el contenido de esta disposición jurídica parece no depender, a como Dinstein<sup>314</sup> defiende, de la magnitud del daño colateral *per se* o de la necesidad militar, sino más bien del conocimiento, expectativas, o actitudes que los combatientes posean con relación al daño que el ataque a ejecutarse pueda causar, y de la anticipada ventaja militar que puedan adquirir. Schmitt concurre al sugerir que “[another] misconception surrounds the significance of the actual collateral damage and incidental injury that ends up being caused by an attack, as well as the military advantage that the attacker actually achieved. The

---

<sup>312</sup> Dinstein, ‘Collateral Damage and the Principle of Proportionality’ (infra nota 615) 125.

<sup>313</sup> Ibid 121.

<sup>314</sup> Ibid.

misconception has reached the point that merely causing collateral damage or incidental injury is sometimes viewed as *prima facie* evidence that an attacker engaged in a disproportionate attack, failed to take requisite precautions in attack, or otherwise violated [IHL]. Stated differently, some imply that causing collateral damage and incidental injury creates a rebuttable presumption of [IHL] violation, in which the attacker bears the burden of presumption. In fact, the harm resulting and advantage achieved have little to do with the application of the proportionality rule, for compliance is measured not by the result of the attack, but rather by what the attacker *reasonably*<sup>315</sup> expects before launching it. This is true as to both the collateral damage and incidental injury (note the word ‘expected’ in the standard) in the ensuing concrete and direct military advantage (note the word ‘anticipated’).<sup>316</sup>

Ataques deliberados contra la población civil, ó contra objetivos militares legítimos son antijurídicos cuando son ejecutados a sabiendas de que causarán daños desproporcionados. Esta afirmación no es nada nueva. Sin embargo, el principio requiere que, al buscarse la balanza entre los posibles daños excesivos y la ventaja militar a obtener, el atacante deba obligatoria y constantemente buscar y examinar información relacionada con el campo de batalla y el opositor. Información activa y analítica es parte de tomar precauciones necesarias y tomar decisiones relacionadas con el ataque. Buscar la balanza ‘a ciegas’ entre principios antagónicos implica ignorar el principio de proporcionalidad y dar espacio para que un atacante ejecute ataques desproporcionados, alegando ignorancia de la presencia de civiles en el área de las confrontaciones, mientras evade responsabilidades por falta de

---

<sup>315</sup> Esta palabra no aparece en letras cursivas en el original. La hemos resaltado para indicar los problemas anteriormente presentados que este vocablo posee.

<sup>316</sup> Schmitt, ‘Fault Lines in the Law of Attack’ (supra nota 288) 294.

planeamiento. Este enfoque es de suma trascendencia para poder juzgar que, en la guerra asimétrica el principio de proporcionalidad es infringido gravemente porque las variables de la ecuación son alteradas, a como analizaremos más adelante. Estos problemas serios son afrontados por el principio de proporcionalidad, debido a que la determinación de ataques específicos que se circunscriban dentro de la prohibición es de naturaleza subjetiva. En consecuencia, la implementación de la norma es vulnerada.<sup>317</sup>

### 3.3.6 La Ventaja Militar Concreta y Directa Esperada: ¿De Clara Implementación?

El precepto de la ventaja militar concreta y directa esperada es limitado por el principio de proporcionalidad, por cuanto no debe ser, a como Urbina prudentemente defiende, a costa de daños civiles extensivos.<sup>318</sup> La proscripción abarca a ataques indiscriminados y demanda la identificación de objetivos militares legítimos. El examen del principio de proporcionalidad requiere que el atacante compare la ventaja militar esperada con los daños colaterales. Para evitar daños colaterales desproporcionados, el atacante debe identificar al objetivo militar de acuerdo con dos parámetros establecidos en el Artículo 52(2) del PAI. Primero, los objetivos militares deben de limitarse “a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar” y,

---

<sup>317</sup> Véase Kalshoven, ‘Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977’ (1977) 9 Netherlands Yearbook of International Law 107, 118.

<sup>318</sup> Jorge Urbina, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario* (supra nota 211) 179. Entre las particularidades de la necesidad Petit de Gabriel sugiere que la noción “fundamenta las limitaciones de las facultades de los beligerantes por cuanto que no está permitido aquello que no sea estrictamente necesario para satisfacer las exigencias del fin perseguido...Por tanto, la guerra no consiste en un uso ilimitado de la fuerza. Si la finalidad de la guerra es doblegar la voluntad de otro...acabando con su resistencia, todas aquellas operaciones que, sin concurrir en la obtención del fin, producen pérdidas o sufrimientos innecesarios, o que para obtener tal fin producen males que se encuentran fuera de toda proporción, son ilícitas”, véase Eulalia W. Petit de Gabriel, ‘¿El Derecho Internacional Público: Necesidad u Utopía?’ en M. Vargas Gómez-Urrutia & A. Salinas de Frías (supra nota 246) 1042.

segundo, “cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”.<sup>319</sup> En consecuencia, una vez anticipados daños colaterales excesivos en la medida de lo posible e identificado el blanco como un objetivo militar legítimo que ofrece una ventaja militar definitiva, cumpliéndose de esta forma con el principio de distinción, y de acuerdo con los dos parámetros contenidos en el Artículo 52(2) del PAI, el próximo paso lineal de la receta sería determinar que esa ventaja militar sea concreta y directa.<sup>320</sup> Podemos observar así, que las nociones de concreta y directa son calificativos para la ventaja militar. Tan sucintas y claras como parecen estos preceptos, los mismos no dejan de tener problemas, tanto que la noción de ventaja militar ha sido criticada porque no aporta ayuda alguna con el examen de la proporcionalidad.<sup>321</sup>

En un intento de clarificación, Gardam sostiene que las nociones de concreta y directa mencionadas en el Artículo 51(5)(b) del PAI indican que la norma de la proporcionalidad deba ser examinada a la luz de ataques específicos y no sobre bases acumulativas.<sup>322</sup> Esta perspectiva, sin embargo, tiene problemas: no explica el proceso de determinación, y cual sería, el estándar aceptable para medir la ventaja militar concreta y directa esperada. Solf sugiere que los vocablos concreto y directo connotan que la ventaja militar deba ser específica y perceptible y no hipotética y especulativa,<sup>323</sup> en el sentido de que la ventaja militar debe ser establecida con un nivel razonable de certidumbre. Este argumento tampoco aclara el estándar requerido para medir la ventaja o, en palabras de Finrick, “the

---

<sup>319</sup> PAI, Art. 52(2) (infra nota 493).

<sup>320</sup> Bothe, *et. al. New Rules for Victims of Armed Conflict* (supra nota 269) 360.

<sup>321</sup> Dinstein, ‘Collateral Damage and the Principle of Proportionality’ (infra nota 615) 86.

<sup>322</sup> Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’, (1993) 87(3) *American Journal of International Law* 391, 407.

<sup>323</sup> Solf, ‘Article 52’ (supra nota 285) 365.

relative values to be assigned to the military advantage gained and the injury to noncombatants and / or the damage to civilian objects”.<sup>324</sup> Bothe mantiene controvertidamente que la palabra concreta significa que la ventaja militar debe ser específica y perceptible por los sentidos, y que lo de directa concierne al hecho de que la ventaja no necesita de otras variables,<sup>325</sup> por ejemplo, otros ataques ejecutados en lugares diferentes para determinarse. En sus comentarios al PAI, el CICR interpreta los términos de concreta y directa con relación al término excesivos, dando la idea de algo substancial y de restricción máxima<sup>326</sup> para el atacante, en consonancia con la definición de objetivos militares contenidas en el Artículo 52 del PAI.<sup>327</sup> Ahora bien, en los comentarios hechos por el CICR al PAI se puede observar que el criterio de ventaja militar concreta y directa fue intencionado para descartar ventajas militares difíciles de ser percibidas.<sup>328</sup> No obstante, esta posición no es ampliamente aceptada<sup>329</sup> porque no existe evidencia alguna para consentir que los términos implican una mayor restricción para el atacante,<sup>330</sup> Tampoco se define lo de ‘esperada’ en ningún momento. ¿Cómo se determina esta noción?<sup>331</sup> El CICR defiende su posición en los comentarios cuando afirma que pérdidas de vidas civiles y daños demasiado altos nunca son justificados, aún cuando la ventaja militar sea de gran

---

<sup>324</sup> Fenrick, ‘Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense’ (supra nota 277) 546.

<sup>325</sup> Bothe *et al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflict* (supra nota 269) 365.

<sup>326</sup> Estatuto de Roma, Artículo 8(2)(b) (supra nota 276) donde la noción de excesivos o desproporcionados es parte de determinante del crimen de guerra; Y. Sandoz, *et. al.* (Editors), *Commentary on the Additional Protocols of the 8 June 1987 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ICRC 1987) PAI, Art. 51 para. 1980.

<sup>327</sup> Ibid Art. 52.

<sup>328</sup> Sandoz, *et. al.*, *Commentary on the Additional Protocols*, PAI, Art. 52 para. 2209, afirman que “as regards the word “objective”, in English this is an abbreviation of the expression “objective point”, defined by the Oxford Dictionary as follows: “the point towards which the advance of troops is directed; hence, [• ] the point aimed at”; el Diccionario de la Real Academia Española (supra nota 5) coincide ya que define a un objetivo como ‘punto o zona que se pretende alcanzar u ocupar como resultado de una operación militar’.

<sup>329</sup> Rogers, *Law on the Battlefield* (supra nota 292) 60.

<sup>330</sup> Kenneth Watkin, ‘Assessing Proportionality: Moral Complexity and Legal Rules’ (2005) 8 Yearbook of International Humanitarian Law 18.

<sup>331</sup> Véase el análisis sobre el carácter prospectivo del principio de proporcionalidad en este capítulo.



importancia. El Protocolo no nos confiere justificación alguna para ataques que causan daños y pérdidas civiles extensivas. El daño civil incidental nunca deberá de ser extensivo.<sup>332</sup>

En lo que concurrimos es que si por extensivos nos referimos a excesivos, o viceversa, el daño colateral incidental significativo no es permitido, de acuerdo con el instrumento, aún cuando la ventaja militar sea de gran envergadura. No existen bases en el texto del Artículo 51 del PAI o, bajo el derecho internacional consuetudinario, para justificar daños colaterales excesivos sencillamente porque la ventaja militar adquirida es de gran importancia.<sup>333</sup> Teóricamente, la justificación de daños colaterales excesivos ignoraría por completo, de acuerdo con Bermejo García, a todo el DIH porque la norma de la proporcionalidad impregna a todo ese sistema normativo y,<sup>334</sup> por tanto, sin practicalidad alguna porque su función humanitaria de exigir que se respeten, en palabras de Arcos Ramírez, límites al uso de la violencia armada,<sup>335</sup> la volvería nula.

Hays-Parks, desligándose del principio humanitario de protección a la población civil, indica que las ideas de concreta y directa dejan por fuera beneficios a largo plazo.<sup>336</sup>

Schmitt concuerda con Hays-Parks y sugiere que los términos concreta y directa se refieren

---

<sup>332</sup> Sandoz, *et. al.*, Commentary on the Additional Protocols, PAI, para. 1980 [indicates that] “The idea has also been put forward that even if they are very high, civilian losses and damages may be justified if the military advantage at stake is of great importance. This idea is contrary to the fundamental rules of the Protocol; in particular it conflicts with Article 48 (Basic rule) and with paragraphs 1 and 2 of the present Article 51. The Protocol does not provide any justification for attacks which cause extensive civilian losses and damages. Incidental losses and damages should never be extensive.

<sup>333</sup> Schmitt, ‘Fault Lines in the Law of Attack’ (supra nota 288) 294.

<sup>334</sup> Bermejo García, ‘El Conflicto de Chechenia a la Luz del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 171).

<sup>335</sup> Arcos Ramírez, ‘Se Puede Hablar de Guerras Justas? (supra nota 260) La posición de estos dos últimos académicos españoles es evidentemente lógica si notamos que toda la estructura del DIH es el resultado de un balance equitativo entre las necesidades de la guerra y las consideraciones humanitarias.

<sup>336</sup> William Hays-Parks, ‘Air War and the Law of War’ (1990) 32(1) Air Force Law Review 1,141.

a que la ventaja debe ser perceptible y significativa, en el sentido de que “the military advantage anticipated from an attack is intended to refer to the advantage anticipated from the attack considered as a whole and not only from isolated or particular parts of the attack”.<sup>337</sup> Nuestra intuición es que estas premisas no se ajustan adecuadamente al principio humanitario de la norma de la proporcionalidad. Sin deseos de preponderancia, nuestra perspectiva parte de la noción de que los vocablos concreta y directa requieren de que la proporcionalidad sea examinada a la luz de ataques individuales, dentro de la generalidad estratégica de la guerra, y no sobre bases acumulativas, de acuerdo con lo defendido por estos investigadores. Apoyándonos en la argumentación de Gardam,<sup>338</sup> sugerimos que, seguramente, la proporcionalidad examinada a la luz de caso por caso es conducente a una mejor y mayor protección de la población civil frente a un conflicto armado, sobre todo si tomamos en cuenta el carácter prospectivo de la norma, y las incertidumbres inherentes en una guerra. Examinación sobre bases acumulativas a largo plazo dificulta, sino imposibilita, la proyección de soluciones en las turbulencias que la guerra representa. Ahora, si a como hemos constatado, los vocablos de concreta y directa no nos ayudan como descriptores objetivos en la interpretación e implementación del principio de proporcionalidad, entonces, ¿cuál es el pronóstico de la norma?

Es obvio que el principio de proporcionalidad asume que el atacante tiene opciones que puede escoger racionalmente: abstenerse de ejecutar un ataque, y con ello renunciando a la ventaja militar anticipada si con el ataque se causarían daños desproporcionados, o ejecutarlos. Confrontado con esta dualidad, la norma requiere que el atacante se abstenga de ejecutar el ataque para no transgredir el principio de distinción. La vicisitud, sin

---

<sup>337</sup> Schmitt, ‘Fault Lines in the Law of Attack’ (supra nota 288) 292.

<sup>338</sup> Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (supra nota 322) 407.

embargo, es que en el campo de batalla contemporáneo la cuestión no es taxativa debido a los peligros desconocidos que la violencia por su naturaleza conlleva. Debido a que la norma requiere que el atacante examine constantemente el campo impredecible de batalla para determinar la viabilidad de ataque por ataque específico, y con ello evitar daños incidentales excesivos, la norma impone una carga en gran medida irrealista en el atacante que quiere respetar el derecho humanitario, ya que análisis de costos y beneficios en medio del campo de batalla es prácticamente imposible.<sup>339</sup> Sin embargo, para que el principio de proporcionalidad se transfiera efectivamente en una norma de implementación efectiva, debemos obligatoriamente en todo caso de considerar el daño colateral incidental. Este argumento nos conlleva a la pregunta de cómo discernir el principio de proporcionalidad. Dinstein alega que la desproporción debe ser lo suficientemente grande y, visible en nuestra interpretación, para que sea excesiva e intolerable.<sup>340</sup> Sin embargo, esta aseveración de Dinstein posee tres problemas; primero, la norma en su forma convencional, permite un grado amplio de interpretación previo a la ejecución de un ataque que se considere como indiscriminado y, a como hemos constatado, es un asunto de subjetividad. Segundo, la norma de la proporcionalidad requiere de un balance entre la ventaja militar esperada, con bajas mínimas de combatientes y, la protección de la población civil. No obstante, los ejércitos se rehúsan enérgicamente a permitir que la balanza se incline a favor de la población civil,<sup>341</sup> dilema irreconciliable, sin duda alguna, si con ello se pone en peligro la vida de soldados. Tercero, el asunto crucial no es el alto número de muertes civiles sino

---

<sup>339</sup> Es de interés aclarar aquí que durante las negociaciones del PAI muchos Estados, entre ellos Siria, Hungría y principalmente Rumanía, objetaron el uso explícito del término proporcional, de ahí la inclusión del término excesivos con relación a la muertes de civiles. La razón explicada fue que el concepto de proporcionalidad contravenía los principios humanitarios del derecho internacional; véase Gardam, 'Proportionality and Force in International Law' (supra nota 322) 406; Fenrick, 'Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense' (supra nota 277) 106.

<sup>340</sup> Dinstein, 'The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict' (supra nota 188) 120.

<sup>341</sup> Gardam, 'Proportionality and Force in International Law' (supra nota 322) 409.

más bien, la muerte de los mismos pero en relación a la ventaja militar esperada. A este respecto vale preguntarse, ¿debe un comandante razonable abstenerse de ordenar un ataque para evitar daños colaterales excesivos, a sabiendas de que con ello expondrá a sus soldados a un mayor peligro? ¿Debe un comandante abstenerse de ejecutar un ataque contra un terrorista infiltrado entre la población civil, a sabiendas de que ese terrorista es un peligro inevitable para inocentes, por ejemplo, en caso de una bomba humana planeada? ¿Cómo podemos cuantificar a la ventaja militar esperada en relación al carácter prospectivo de la norma de la proporcionalidad?

El principio de proporcionalidad no puede ser una norma efectiva en su papel humanitario de proteger a la población civil si en realidad no buscamos una solución para estos interrogatorios. Schmitt defiende que la ventaja militar esperada es un hecho teóricamente calculable en relación al daño colateral incidental.<sup>342</sup> Pero este argumento no deja de poseer vicisitudes ya que estamos tratando con variables indeterminadas y disimiles, difíciles de cuantificación y sobre todo, con el elemento mediador de la subjetividad en relación a la cuantificación del daño incidental excesivo, situación que no es una cuestión de ciencia exacta,<sup>343</sup> sino que es dejada a la buena fe del atacante al tomar la decisión de ejecutar un ataque.

---

<sup>342</sup> Schmitt, 'Book Review: Law on the Battlefield' (supra nota 188) 257.

<sup>343</sup> Efectivamente, si el principio de proporcionalidad fuera reducido a una fórmula matemática, la balanza excluiría la subjetividad envuelta en los elementos a pesar, en consecuencia eliminando la imposibilidad de implementarla con cierto nivel de certeza en el DIH. Si así fuera, el número de muertos producto de los conflictos bélicos sería siempre el óptimo, por tanto, el término excesivos no fuera axiomático a la enunciación a la norma; Véase Stuart W. Belt, 'Misiles Over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas' (2000) 47 Naval Law Review 115, 158.

### 3.3.7 Si la Proporcionalidad no es una cuestión de Ciencia Exacta, entonces, ¿Cómo calcular el Daño Colateral Incidental?

Ya hemos implicado que no existe ‘proporcionómetro’ alguno con el cual calcular daños colaterales incidentales. Esta vicisitud se complica aún más porque el sistema de valores latentes y existentes detrás de la decisión de atacar no solo es impredecible pero, también, esos valores son imposibles de estandarizar. En otras palabras, las diferencias en las actitudes hacia las bajas militares y muertes de la población civil implican diferentes formas de aproximarse al sufrimiento humano<sup>344</sup> hecho que, obstaculiza el establecimiento de una balanza precisa entre las consideraciones militares y humanitarias. Aún así, es axiomático establecer la existencia de un principio de proporcionalidad que yace como norma fundamental del DIH. De acuerdo con Fenrick, “one cannot, for example, assert that it will only be possible to determine whether or not military activity complied with the proportionality principle at the end of the war or a lengthy campaign. At the same time, one cannot always assess proportionality on a basis of discrete military objectives”.<sup>345</sup> Similarmente Doswald-Beck afirma que es imposible tolerar la destrucción de una fábrica de municiones de importancia secundaria donde trabajan cierto número de civiles si, cuando comparada su trascendencia, por ejemplo, con la destrucción de un puente de vital importancia para el éxito de una campaña militar, resulta un cierto número de muertes para tal efecto.<sup>346</sup> Estas afirmaciones, que podríamos juzgar de razonables por cuanto demuestran la relatividad del principio de proporcionalidad, no obstante, no explican una

---

<sup>344</sup> Véase Fenrick, ‘Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense’ (supra nota 277).

<sup>345</sup> Fenrick, ‘Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense’ (supra nota 277) 548.

<sup>346</sup> Doswald-Beck, ‘The Value of the 1977 Geneva Protocols for the Protection of Civilians, in Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention’ (supra nota 295) 156.

posible estandarización de los daños colaterales incidentales porque juegan con variables incuantificables contenidos en la ecuación. Esto no quiere decir que el principio de proporcionalidad no ofrezca ciertas bases para impugnar estos juicios, o que exista la tendencia hacia la realización de que el principio de proporcionalidad debe ser implementado con base en expectativas realistas -muchos dirían objetivas-<sup>347</sup> sobre lo que suceda en la guerra.

Es claro que se presentan, *de facto*, circunstancias antijurídicas, donde el principio de proporcionalidad es sin duda discernible. Este es un buen comienzo para establecer un debate abierto que tenga por objetivo aclarar la norma y, establecer consenso sobre como detener sus violaciones debido al uso excesivo de la fuerza que resulte en daños excesivos. Así, estaríamos frente a una transgresión abierta del principio de proporcionalidad cuando un atacante, para eliminar a un francotirador, extermina a un pueblo entero donde mueren cientos de miembros de la población civil.<sup>348</sup> En contraste, la operación de una batería de artillería dentro de un pueblo que termina matando a varios civiles podría ser proporcional, alega controvertidamente Dinstein.<sup>349</sup>

Además, existen otros elementos críticos que entran en juego en la posible estructuración de una fórmula jurídica aceptable conducente a la clarificación del principio de proporcionalidad. En íntima relación con este argumento, un ataque ejecutado un fin de semana, o muy tarde durante una noche, parece reducir el daño colateral incidental

---

<sup>347</sup> En su teoría sobre las restricciones judiciales, Liwellyn's sugiere que dentro de un ambiente de debate, varios individuos que debaten en buena fe una determinada idea, éstos llegarán, aunque de manera limitada, a conclusiones similares; véase K.N. Liwellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, (Brown & Co. Boston 1960).

<sup>348</sup> Dinstein, 'The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict' (supra nota 188) 123.

<sup>349</sup> Ibid.

excesivo sin necesariamente minimizar la ventaja militar esperada.<sup>350</sup> Es evidente que un ataque ejecutado durante las famosas ‘horas pico’, sea que la mayoría de los habitantes, de una ciudad se disponen a ir de trabajo o cuando lo terminan, es un centro de gravedad, que podría estremecer el sistema nervioso colectivo de un Estado, por tanto, desproporcionado.<sup>351</sup> En el Informe del Comité Establecido para Revisar la Campaña de Bombardeo de la OTAN en la Antigua Yugoslavia se indica que bombardear a un campo de refugiados no tiene trascendencia militar, en consecuencia, es ilegal atacarlos si los individuos residentes en ese campo tejen calcetines para los soldados. Pero, por otro lado, un bombardeo aéreo a un campo de depósito de municiones no debería ser desproporcionado solo por el hecho de que un granjero está arando un terreno en el área del ataque.<sup>352</sup>

Asimismo dentro del contexto de estas consideraciones es de interés observar que, para algunos comentaristas, una nueva norma consuetudinaria ha emergido. Esta nueva norma consuetudinaria practicada en la Guerra del Golfo Pérsico por la Coalición, de acuerdo con Belt, indica que el bombardeo en aéreas urbanas sin municiones guiadas con precisión, por su naturaleza, resultarán en daños colaterales desproporcionados.<sup>353</sup> Acogiéndonos las ya expresadas consideraciones sobre la falta de precisión de los bombardeos indiscriminados ejecutados durante las dos guerras mundiales del siglo XX, y en la guerra en la Antigua Yugoslavia, es de comprenderse la posible cristalización de dicha norma.

---

<sup>350</sup> Ibid 127.

<sup>351</sup> El ataque al Centro Mundial de Comercio en un ejemplo a considerar.

<sup>352</sup> ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia (supra nota 291) para. 48

<sup>353</sup> Belt, ‘Missiles over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas’ (supra nota 343).

No es extraño que la evolución consuetudinaria del derecho internacional, y en cumplimiento de la famosa Cláusula Martens,<sup>354</sup> se requiera necesariamente del uso de tecnología de alta precisión para todo tipo de bombardeo en aéreas urbanas, donde la posibilidad de daño colateral incidental excesivo es de alto riesgo. Esta aserción es, no obstante, difícil de ser probada por falta de evidencia contundente. Debido al continuo desarrollo de nuevos métodos de guerra, el largo proceso de desarrollo evolutivo de las costumbres internacionales y, en particular, la preferencia del derecho internacional por el reconocimiento de controvertidos principios generales y no de la construcción específica y clara de prohibiciones, en vista de la carencia de tratados vinculantes, es de cuestionarse que el derecho internacional consuetudinario, en su presente estado, no permita la cristalización de una norma que demande tecnología de alta precisión.<sup>355</sup> En todo caso, si una norma consuetudinaria que solo permite el empleo de armas de alta precisión en áreas urbanas ha emergido, tal acontecimiento es cuestionado. En efecto, el asunto implica que un beligerante nunca podría atacar, en teoría, en áreas urbanas si no posee armamento de alta precisión. En este sentido la norma impondría desventajas al tecnológicamente más débil. De la misma forma, Dinstein objeta que esa norma impondría un peso más alto sobre

---

<sup>354</sup> Queremos decir con ello que la Cláusula Martens, cubre a casos no codificados explícitamente en tratados de DIH, por tanto, civiles y combatientes deben de permanecer, como la cláusula estipula, bajo la protección y autoridad de los principios del derecho internacional derivados de la costumbre, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública; véase John H. McNeill, 'Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, sobre la Licitud del Empleo de Armas Nucleares-Primera Evaluación' (1997) 22(139) Revista Internacional de la Cruz Roja 109, 109-124 <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlda.htm> > accedido el 5 de mayo de 2005; véase comentario referente a la cláusula Martens (supra nota 246)

<sup>355</sup> Schmitt, 'Precision Attack and International Humanitarian Law' (supra nota 137) 44, sugiere que, "precision is often heralded as a panacea of modern warfare. Given the military technology available to today's high-tech forces, it sometimes seems that collateral damage to civilian objects and incidental injury to civilians could only possibly result from an attacker's failure to take the "precautions in attack" required by international humanitarian law. At the very least, should there not be a rebuttable presumption that insufficient precautions are the cause of such injury and damage, a presumption the attacker would bear the burden of rebutting? Although the law has not yet arrived at this point, some of those who assess the conduct of hostilities, both formally and informally, seem to be moving in that direction".



el beligerante tecnológicamente más desarrollado, imposición que va más allá del simple requisito de tomar las precauciones debidas antes de ejecutar un ataque para evitar el daño colateral excesivo.<sup>356</sup>

Gardam, por otro lado, sostiene que bombas de precisión fueron extensamente usadas en áreas urbanas en la Guerra del Golfo Pérsico. La Coalición, empleó ese armamento considerando al principio de proporcionalidad como parte del derecho consuetudinario y que, por tanto, intentaban reducir al máximo daños colaterales incidentales. Es evidente entonces que, “most of the civilian casualties...appear to have resulted from the targeting of objectives that, while apparently serving a military purpose, and thus being a legitimate military objective, were also essential for the survival of the civilian population”.<sup>357</sup> En su análisis del principio de proporcionalidad, Schmitt infiere que derribar aviones de guerra no es una acción desproporcionada, aunque es necesario estudiar la situación en caso por caso.

<sup>358</sup> Además, civiles que trabajan en objetivos militares no pierden su inmunidad civil, a pesar del riesgo en que incurran; así, sus muertes deben de considerarse como parte del daño civil incidental.<sup>359</sup> Este argumento, contestado por muchos, es una de las zonas grises del DIH porque habría que determinar si el trabajo contribuye directamente a la ventaja

---

<sup>356</sup> Dinstein, ‘The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict’ (supra nota 188); Jorge Urbina, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario* (supra nota 211) 181-182, indica que en la Guerra del Golfo Pérsico, “los comandantes militares, animados por el deseo de reducir al máximo las bajas propias, estimaron que cumplían con su obligación de minimizar los daños colaterales no dirigiendo sus ataques contra la población civil y tomado todas las precauciones posibles para evitar que tales daños se produzcan; pero cuando de un ataque sobre un objetivo militar se pudieran derivar daños incidentales para la población civil o los bienes civiles, el ataque no se podría prohibir si las anteriores obligaciones son cumplidas por parte del atacante, de manera que los posibles daños colaterales se van a considerar responsabilidad del defensor. Es precisamente esta interpretación de la proporcionalidad, que la reduce a una mera regla para minimizar daños colaterales sin imponer ninguna obligación suplementaria a esta, la que va a provocar un número importante de bajas civiles y la destrucción de gran parte de las infraestructuras iraquíes con graves consecuencia humanitarias”.

<sup>357</sup> Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (supra nota 322) 409.

<sup>358</sup> Schmitt, ‘Aerial Blockades in Historical, Legal and Practical Perspective’ (1991) 2 USAFA Journal of Legal Studies 21, 50-54.

<sup>359</sup> Dinstein, ‘The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict’ (supra nota 188) 121.

militar que el opositor pueda obtener. Así, un ataque no es automáticamente desproporcionado, sino que, lo que se implica es que si se tiene conocimiento del número de civiles que trabajan en el objetivo; tal número es teóricamente una indicación razonable del daño colateral incidental que podría resultar producto del ataque. De hecho, bombardear desde gran altura, por ejemplo, a una base militar del oponente, con el conocimiento de que en ella se encuentra un centro escolar con veinte niños, no es un indicativo suficiente para la cancelación del ataque.<sup>360</sup>

Los anteriores ejemplos nos sirven para sugerir que aunque la proporcionalidad no puede ser compendiada en una fórmula matemática, los mismos sientan cierto precedente para establecer el ámbito de una posible formulación jurídica de contenido relativamente claro, y de implementación efectiva, en su papel de protección humanitario de la población civil. Mientras la comunidad académica, en conjunción con estrategias, no establezca un debate sano con ánimo de aclarar la norma, la misma permanecerá como vaga. Como consecuencia de esta imprecisión, la norma se presta para evitar responsabilidades, y no servir como protectora de la población civil. Aunque parezca inhumano establecer que la destrucción de un centro civil, bajo ciertas circunstancias, por ejemplo, donde se encuentran cien miembros de la población civil, equivale a un objetivo militar, esta circunstancia es más clara, que no trazar posibles límites razonables y con lo cual resulten números más altos de muertes civiles. La norma de la proporcionalidad, aún con sus debilidades estructurales, en conjunción con el principio de distinción, son las únicas maneras de mantener, hasta donde sea lo posible, números bajos de muertes civiles. Establecer ciertos parámetros, no implica que establezcamos límites inaceptables de bajas civiles y que, en

---

<sup>360</sup> Ibid.

consecuencia, den un carácter impráctico a la norma sino que, en contraste, construir un marco de implementación más elaborado y funcional en situaciones diferentes.

Bajo esta perspectiva, es indefensible sostener que la norma debe permanecer vaga porque su estandarización constreñirá la obligación del atacante en proteger a la población civil. Así, Hampson sugiere que, manteniendo la imprecisión del principio de proporcionalidad endurecerá a los militares contra la protección ofrecida por la norma.<sup>361</sup> Esta posición es inaceptable porque entre más imprecisa resulte la norma, más incentivos existen para que los atacantes no se ajusten a sus requerimientos. Antes de analizar el entre-juego existente entre el principio de proporcionalidad y el principio de distinción veamos si la norma en cuestión es consuetudinariamente establecida, para observar si por esa vía, la norma es más efectiva.

### 3.3.8 El Principio de Proporcionalidad como Norma Consuetudinaria

Hoy en día existe un debate concerniente a la existencia del principio de proporcionalidad en el derecho internacional consuetudinario. Precisamente porque no todos los Estados miembros del sistema internacional son parte del PAI, es necesario observar el estatus de la norma dentro del derecho consuetudinario para determinar por esa vía la efectividad y consistencia de su implementación. Por supuesto, nuestro objetivo no es arreglar las controversias al respecto sino notar algo, en el debate, que nos ayude a clarificar la dinámica entre ese principio humanitario y el daño colateral incidental, resultado de un ataque a un objetivo militar legítimo.

---

<sup>361</sup> François J. Hampson, 'Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf' in P. Rowe (Editor), *The Gulf War 1990-91 in International and National Law* (Routledge 1993) 95.

El debate primario sobre la norma gira alrededor de que su formulación convencional, contenida en la PAI es, o no, declaratoria de derecho internacional consuetudinario. La existencia del principio general de proporcionalidad como norma consuetudinaria en el derecho internacional es indisputable porque la norma ya existía previamente a la construcción del PAI<sup>362</sup> y, actualmente, la directiva contenida en los Artículos 51(5)(b) y 57(2)(a)(iii) de ese instrumento es generalmente aceptada como parte del derecho consuetudinario.<sup>363</sup> Además, al codificarse el principio en ese instrumento de derecho humanitario se fue más allá de los parámetros jurídicos antes existentes, en relación al principio de proporcionalidad y al principio de distinción. Así, defienden la mayoría de los expertos, la articulación del principio de proporcionalidad fundamentado sobre la noción del estatus de civil, constatado anteriormente, en conjunción con la normativa que sanciona ataques indiscriminados, fueron claras innovaciones.<sup>364</sup> En íntima relación a estas ideas debemos de recordar que previo a la construcción de las Convenciones de Ginebra y del PAI, la carencia de proscripciones normativas específicas que tuvieran por objeto la limitación de daños civiles incidentales era evidente. Sin embargo, esas restricciones debían de ser inferidas de tratados y derecho consuetudinario aunque sin un ámbito preciso.<sup>365</sup>

En consecuencia, el principio de proporcionalidad en su expresión consuetudinaria existía como mecanismo normativo para balancear intereses humanitarios y militares. Concurren en este argumento, por ejemplo, Doménech Omedas, quien defiende el origen de los

---

<sup>362</sup> Greenwood, 'Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols' in J.M. Delissen & G.J. Tanja (Editors), *Humanitarian Law of Armed Conflicts: Challenges Ahead. Essays in Honour of F. Kalshoven* (Martinus Nijhoff Publishers 1991) 109.

<sup>363</sup> Ibid.

<sup>364</sup> Dinsteint, 'The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict' (supra nota 188) 120.

<sup>365</sup> Rogers, *Law on the Battlefield* (supra nota 292) 47.

principios humanitarios como consecuencia de prohibiciones consuetudinarias<sup>366</sup> y, Bermejo García, quien en referencia a la implementación de la norma en el contexto de la Guerra Ruso-Checheno de 1999, observa que aunque la directiva no aparezca en los Protocolos, “no es óbice para su implementación ya que es una de las normas básicas consuetudinarias del DIH. Basta con fijarse un poco en los reproches que de muchas partes se han hecho a la conducta de las hostilidades por parte del ejército ruso para comprender el alcance de la norma misma. Insistentemente se ha dicho que la fuerza utilizada era “excesiva” y “desproporcionada””.<sup>367</sup> Asimismo, el principio de proporcionalidad, como un elemento indudable de derecho consuetudinario, fue resaltado por Rosalyn Higgins, en su opinión disidente sobre el caso sobre la legalidad de las armas nucleares ante la CIJ. Así, “The principle of proportionality, even if finding no specific mention, is reflected in many provisions of Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949. Thus even a legitimate target may not be attacked if the collateral civilian casualties would be disproportionate to the specific military gain from the attack”.<sup>368</sup> El TCIA Y tomó una posición similar a la de Higgins, y a la de la norma convencional contenida en el PAI. De acuerdo con el Tribunal “in combat military commanders are required...when directing their operations against military objective, to ensure the losses to the civilian population, and the damage to civilian property are not disproportionate to the concrete and direct military advantage anticipated”.<sup>369</sup> Estas opiniones dan la impresión fuerte de que la norma

---

<sup>366</sup> Doménech Omedas, ‘La Protección de la Población Civil Ante el Uso de Determinadas Armas Pequeñas: Minas, Residuos Explosivos y Armas Portátiles y Ligeras’ (supra nota 96) 51.

<sup>367</sup> Bermejo García, ‘El Conflicto de Chechenia a la Luz del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 171)145.

<sup>368</sup> Véase la opinión disidente de la Juez Rosalyn Higgins, párrafo 20, *The Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) (1996) <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>369</sup> ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia (supra nota 291) para. 18.

convencional contenida en el PAI es declarativa de derecho consuetudinario, de ahí inclusive que sea recogida en los manuales militares de muchos Estados.<sup>370</sup> Por ejemplo, en el Informe Final sobre la Guerra del Golfo Pérsico del Departamento de Defensa de los Estados Unidos entregado al Congreso en 1992, se describe a la norma como un principio no codificado de proporcionalidad en el derecho internacional, el cual prohíbe ataques militares, cuyos efectos negativos -como las bajas civiles colaterales- son mayores que la ventaja militar adquirida.<sup>371</sup> Esta idea fue apoyada anteriormente cuando un miembro del poder ejecutivo, M.J. Matheson, declaró la naturaleza consuetudinaria de la prohibición de ejecutar ataques directos contra la población civil, y de la noción fundamental de prohibir ataques “that would clearly result in collateral civilian casualties disproportionate to the expected military advance”.<sup>372</sup> Además, como indicación de la práctica estatal, este principio es indicado en el panfleto de la fuerza aérea de los Estados Unidos y en el párrafo 41 del manual militar del ejército terrestre.<sup>373</sup>

Estas aportaciones concuerdan con el estudio autoritativo del CICR sobre Derecho Internacional Consuetudinario. De acuerdo con el estudio, la mayoría de las disposiciones normativas contenidas en las Convenciones de Ginebra, incluyendo al Artículo Común 3, son normas consuetudinarias correspondientes a las enunciadas en el PAI. Esto incluye al principio de distinción entre civiles y combatientes, y entre objetos civiles y militares, así

---

<sup>370</sup> Bermejo García ‘El Conflicto de Chechenia a la Luz del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 171) 145, nota 66.

<sup>371</sup> Véase USA Department of Defense, ‘Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress’ (Department of Defense 1992) 1-10 <<http://www.ndu.edu/library/epubs/cpgw.pdf> > accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>372</sup> Michael J. Matheson, ‘Session One: The United States Position of the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions’, (1987) 2 American Journal of International Law and Politics 419, 426; Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (supra nota 322) 408.

<sup>373</sup> Ibid.

como a la prohibición de ataques indiscriminados. De manera concreta el estudio concluye que “la práctica de los Estados establece [a la proporcionalidad en el ataque] como una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales”,<sup>374</sup> y, “aunque el PAII no contiene ninguna referencia explícita al principio de proporcionalidad en el ataque, se ha sostenido que es inherente al principio de humanidad, el cual se hizo explícitamente [implementable] al Protocolo en su preámbulo y que, por ello, no puede ignorarse el principio de proporcionalidad en la implementación del Protocolo. Este principio se ha incluido en un instrumento de derecho convencional reciente implementable en los conflictos armados no internacionales, concretamente en el Protocolo II enmendado de la Convención sobre ciertas armas convencionales”.<sup>375</sup>

Pero no solo los Estados Unidos incorporaron al principio de proporcionalidad dentro de sus manuales militares. El CICR nos provee con otros ejemplos, a mencionar: Canadá, Bélgica, Australia, España, Alemania, Israel, Indonesia, Francia, Reino Unido, Suecia. Estos manuales no necesariamente reflejan lo que los Estados han hecho en la práctica pero indican algo sobre lo que esas entidades intentan hacer en su práctica futura, hecho de relevancia para el estatus consuetudinario de la norma.<sup>376</sup> El principio de proporcionalidad, en conjunción con el principio de distinción, como norma consuetudinaria, debe ser implementado en conflictos armados internacionales y no internacionales, sin importancia

---

<sup>374</sup> Véase la norma 14 en Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Law* Vol. 1 (Cambridge University Press 2005) 53 <[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc\\_002\\_0860.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0860.pdf)> accedido el 5 de mayo de 2012.

<sup>375</sup> Ibid 55.

<sup>376</sup> A esta consideración habría que adjuntarle la respectiva pregunta sobre la existencia de suficiente evidencia o práctica generalizada de los Estados, como para que los manuales militares sean considerados prueba de derecho internacional consuetudinario; véase Greenwood, ‘Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols’ (supra nota 362) 157.

al hecho de que el PAI haya sido ratificado por algunos Estados.<sup>377</sup> Ciertamente en el escenario estratégico de la Guerra del Golfo Pérsico, la Coalición se restringió de ejecutar ataques a blancos que podrían resultar en daños colaterales excesivos, acción motivada por la idea de no conculcar el principio de proporcionalidad. Si la Coalición usó bombas de precisión como medios de ataque en áreas urbanas, la muerte de civiles fue el resultado a largo plazo de ataques deliberados contra objetivos militares duales, por ejemplo, refinerías de petróleo o plantas químicas para tratamiento de agua,<sup>378</sup> por tanto, considerados legítimos por su función dual. ¿Qué nos indica esta práctica con relación al estatus del principio?

Debido a que la Coalición consideró a la norma como un asunto relevante que requería de un balance entre el objetivo militar a alcanzar y la muerte de civiles, la interpretación de este balance conlleva a implicaciones de trascendencia para el estatus del Artículo 51(5)(b) del PAI.<sup>379</sup> En otras palabras, si los ataques a esos objetivos militares duales fueron examinados en términos de su contribución al debilitamiento general de las fuerzas iraquíes, sin tomar en cuenta la muerte de civiles a largo plazo, y al balancearse este factor contra la ventaja militar concreta y directa, pues esta práctica podría interpretarse, al menos teóricamente, como una norma de la proporcionalidad que no se focaliza en el daño colateral incidental a largo plazo pero a corto plazo.<sup>380</sup> Sin embargo, en este punto debemos aducir que homologar esta interpretación suelta del principio de proporcionalidad como

---

<sup>377</sup> Bothe, 'Customary International Humanitarian Law: Some Reflexions on the ICRC Study' (2005) 8 Yearbook of International Humanitarian Law 143, 157.

<sup>378</sup> Gardam, 'Proportionality and Force in International Law' (supra nota 322) 409.

<sup>379</sup> Ibid.

<sup>380</sup> Ibid.



norma de derecho consuetudinario, con el principio de proporcionalidad como norma convencional contenida en PAI, es aún asunto de controversia.<sup>381</sup>

Finalmente, ¿qué debemos inferir a la luz de estos argumentos? A la luz de estas ideas sugerimos que el estatus consuetudinario del principio de proporcionalidad es incuestionable, manifestado así en los manuales militares de diferentes Estados, y en las manifestaciones de la Coalición de mantener al mínimo los daños colaterales incidentales en la Guerra del Golfo Pérsico. La implicación del estatus consuetudinario de la norma es evidente porque no solo el debate sobre la validez de un principio general de proporcionalidad es excluido, sino que también confiere el mismo estándar consuetudinario al PAI, en consecuencia, de implementación universal. Esto no implica necesariamente que ambas formulaciones, la consuetudinaria y convencional sean iguales. Si asumimos teóricamente que ambas son diferentes, ambas expresiones son tan flexibles y subjetivas que no habría sentido alguno en buscar una misma terminología para criticarlas. No obstante, estas inferencias no implican que los problemas inherentes de interpretación a la norma, antes analizados, sean resueltos. Todo lo contrario, esas vicisitudes deben resolverse de acuerdo con el contexto que los conflictos armados nos presentan, si queremos efectivamente preservar la integridad del sacrosanto principio de distinción, norma cardinal del sistema moderno de DIH.

---

<sup>381</sup> Henckaerts & Doswald-Beck, *Customary International* (supra nota 374) 46-50, afirman que la norma de la proporcionalidad es parte del derecho internacional consuetudinario pero que no necesariamente su estatus consuetudinario coincide con la contenida en el PAI.

### 3.4 Correlación entre el Principio de Proporcionalidad y el Principio de Distinción

#### 3.4.1 El Principio de Distinción: Concepto y Codificación

Como principio general, hemos afirmado, que la población civil y bienes civiles gozan del estatus de protección conferido por el DIH. El principio de distinción, considerado como norma consuetudinaria del DIH,<sup>382</sup> y declarado principio cardinal por la CIJ,<sup>383</sup> es parte de esa protección y, a pesar de que no haya surgido como consecuencia del espíritu humanitario,<sup>384</sup> “su aceptación es unánime en la comunidad internacional, en tanto representa uno de los estándares mínimos de civilización en un conflicto armado”.<sup>385</sup>

De manera genérica, el principio de distinción, como técnica normativa, establece que las partes involucradas en un conflicto armado deben de distinguir en todo momento entre objetivos legítimos de ataque y objetivos que no tienen un carácter militar, en consecuencia, gozan del estatus protección. “Esto significa que: (i) los ataques deben siempre realizarse contra objetivos militares; (ii) que antes de su lanzamiento es necesario adoptar medidas de precaución para, por un lado, identificar correctamente los objetivos y los riesgos derivados de ese ataque para las personas y los bienes civiles, y, por otro lado, minimizar los daños civiles colaterales que puedan ocasionarse; (iii) que los ataques que se

---

<sup>382</sup> Ibid 3; véase norma 1.

<sup>383</sup> En su opinión consultiva, la CIJ declaró al principio de distinción entre combatientes y no combatientes, como norma fundamental, por lo tanto, “is to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain [it] because [the principle] constitutes [one of the] intransgressible principles of international customary law”; véase CIJ, *The Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) (supra nota 368) para. 79.

<sup>384</sup> Jorge Urbina, *Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario* (supra nota 211).

<sup>385</sup> Ibid; véanse los Estados miembros de la ONU (2006): un 85% de los Estados del sistema internacional han alcanzado el consenso y, entendimiento común, sobre las disposiciones referentes a la conducta de las hostilidades, contenidas en los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra; 194 Estados son Parte de las Convenciones, 167 son partes de PAI, 163 del PAII y 192 de la ONU.

prevea puedan causar daños civiles colaterales excesivos en relación con la ventaja militar esperada deben ser cancelados, o, si ya se han iniciado, deben ser suspendidos; y (iv) que no se puede utilizar armamento prohibido en operaciones militares, y si existen limitaciones con respecto al armamento utilizado se deben respetar”.<sup>386</sup>

En esencia, el principio de distinción sanciona ataques intencionados contra la población civil, en consonancia con lo reglamentado en el Artículo 52(2) del PAI,<sup>387</sup> considerado infracción grave bajo el PAI,<sup>388</sup> crimen de guerra por el Estatuto de Roma,<sup>389</sup> y difiere del principio de proporcionalidad en que este último proscribía ataques colaterales excesivos. Desde una perspectiva puramente normativa, estamos de acuerdo con Olásolo Alonso, cuando afirma que, el principio de distinción se encuentra claramente construido en el Artículo 48 del PAI, que como norma convencional regula que “a fin de garantizar el respeto y la protección civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones contra objetivos militares”.<sup>390</sup>

A partir de esta construcción convencional del principio de distinción podemos cuestionarnos dos preguntas, primero, ¿qué puede ser atacado? y, segundo ¿quién puede ser atacado?

---

<sup>386</sup> Héctor Olásolo Alonso, *Ataques contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados* (Tirant lo Blanch 2007) 74.

<sup>387</sup> Véanse PAI, Art. 52(2) (supra notas 319 y 493).

<sup>388</sup> PAI, Art. 85.

<sup>389</sup> Véase Estatuto de Roma, Art. 8(2)(b)(ii).

<sup>390</sup> Olásolo Alonso, *Ataques contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados* (supra nota 386) 78.

### 3.4.2 ¿Qué Puede Ser Atacado?

Un examen de lo que constituye el daño colateral incidental excesivo depende de la identificación y valoración dada a un objetivo militar considerada como legítima. Una vez discernida la naturaleza militar de un blanco, es cuestión de implementar el principio de proporcionalidad para darle legitimidad al ataque. Ejemplificando, las fuerzas estadounidenses identificaron al Bunker Al Firdus como a un objetivo militar legítimo durante la Guerra del Golfo de 1991. Después de obtener la información debida para calificarlo como blanco militar, implementar la regla de proporcionalidad, la medida fue atacar. Posteriormente al ataque se descubrió que, además de la función militar que desempeñaba el bunker, el mismo era utilizado por civiles como lugar para dormir. En consecuencia 300 civiles resultaron muertos producto del ataque.<sup>391</sup> El gobierno estadounidense afirmó no haber violado el DIH porque la información disponible en el momento de atacar permitió al comandante militar concluir razonablemente que el blanco era legítimo, y que la pérdida de vidas civiles no era desproporcionada a la ventaja militar esperada.

Dentro del contexto de estas consideraciones, es claro que un objetivo militar comprende más que simplemente a las fuerzas armadas, tanques de guerra artillería, depósitos de armamento o aeropuertos militares.<sup>392</sup> En esta lista no entran en juego objetos normalmente utilizados en función de la población civil como iglesias o escuelas, y cuya lista contenida en el Artículo 52(3) del PAI no es exhaustiva, probando que los mismos sean efectivamente

---

<sup>391</sup> Thomas Keaney & Elliot Cohen, *Revolution in Warfare?: Air Power in the Persian Gulf* (Naval Institute Press 1993) 58.

<sup>392</sup> Friets Kashoven & Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War*, (ICRC 2001) 100-101.

civiles.<sup>393</sup> Asimismo existen objetos difíciles de presumir que sean civiles o militares, por ejemplo, carreteras, puentes, líneas ferroviarias, puertos, plantas industriales, y agregaríamos el caso de plataformas petrolíferas.<sup>394</sup>

Similarmente Schmitt sugiere que un vehículo civil que acarrea suministros militares para las fuerza armadas es un objetivo legítimo de ataque.<sup>395</sup> Sin embargo, esta posición no aclara si el conductor, en su condición de civil, debe ser protegido. Rogers argumenta que una industria dedicada a producir bienes para las fuerzas armadas constituye un objetivo militar,<sup>396</sup> aún cuando no esté claro hasta qué punto esa industria y sus trabajadores deban ser objeto de un ataque. Obsérvese además que el PAI distingue entre bienes de carácter civil y objetivos militares y entre combatientes y población civil. La noción de civil es una categoría residual definida negativamente. En otras palabras, cualquier cosa que no sea un objetivo militar es, *a contrari*, civil. Como resultado de esta contraposición un objeto podría ser considerado como militar cuando en realidad es civil y viceversa. Es claro que si el objeto no provee una ventaja militar definitiva debe presumirse civil, o, en caso de duda, considerarse como civil.<sup>397</sup> Aún más, es de trascendencia poner atención a la razón y uso del objeto para determinar su validez como objetivo militar y no necesariamente a su naturaleza original para lo cual fue creado. Con base en estas premisas indicamos que, entonces, la lista de obras e instalaciones que gozan de protección especial, de acuerdo con

---

<sup>393</sup> Ibid.

<sup>394</sup> Ibid.

<sup>395</sup> Schmitt, 'Book Review: Law on the Battlefield' (supra nota 188) 37.

<sup>396</sup> Rogers, *Law on the Battlefield* (supra nota 292) 64. Rogers nos presenta un lista tentativa de objetivos militares, que incluye, 1) personal militar, que incluye a personas que toman parte en las hostilidades sin que necesariamente sean miembros de las fuerzas armadas, 2) facilidades militares, equipo militar, 3) trabajo conducido para producir suministros militares, 4) terrenos de importancia militar, 5) líneas ferroviarias, aeropuertos militares, carreteras, túneles, 6) plataformas petrolíferas y 8) instalaciones de comunicación usadas para comunicaciones militares; ibid 83-84.

<sup>397</sup> PAI, Artículo 50(1).

lo establecido en el Artículo 56 del PAI<sup>398</sup> no solo es genérica, lo que se presta para interpretaciones divergentes y, por tanto, para abusos, sino que es potencialmente exhaustiva, si no contribuyen de forma efectiva a la acción militar. En consecuencia, a nuestro juicio, el atacante podría incurrir en responsabilidad legal cuando de manera taxativa determina que un objetivo debe ser destruido, capturado o neutralizado, dado las circunstancias imperantes en el momento, si ese objetivo no contribuye a la acción militar efectiva del enemigo, o, no provee una ventaja militar definitiva para el atacante. La cuestión se complica aún más porque, aunque el principio de distinción requiere que los

---

<sup>398</sup> Ibid Art. 56 referente a la “Protección de las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas” declara lo siguiente: 1. Las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil. Los otros objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades, no serán objeto de ataques cuando tales ataques puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil; 2. La protección especial contra todo ataque prevista en el párrafo 1 cesará: a) para las presas o diques, solamente si se utilizan para funciones distintas de aquellas a que normalmente están destinados y en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo; b) para las centrales nucleares de energía eléctrica, solamente si tales centrales suministran corriente eléctrica en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo; c) para los otros objetivos militares ubicados en esas obras o instalaciones, o en sus proximidades, solamente si se utilizan en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares, y si tales ataques son el único medio factible de poner fin a tal apoyo; 3. En todos los casos, la población civil y las personas civiles mantendrán su derecho a toda la protección que les confiere el derecho internacional, incluidas las medidas de precaución previstas en el artículo 57. Si cesa la protección y se ataca a cualquiera de las obras e instalaciones o a cualquiera de los objetivos militares mencionados en el párrafo 1, se adoptarán todas las precauciones posibles en la práctica a fin de evitar la liberación de las fuerzas peligrosas; 4. Se prohíbe hacer objeto de represalias a cualquiera de las obras e instalaciones o de los objetivos militares mencionados en el párrafo 1; 5. Las Partes en conflicto se esforzarán por no ubicar objetivos militares en la proximidad de las obras o instalaciones mencionadas en el párrafo 1. No obstante, se autorizan las instalaciones construidas con el único objeto de defender contra los ataques las obras o instalaciones protegidas, y tales instalaciones no serán objeto de ataque, a condición de que no se utilicen en las hostilidades, salvo en las acciones defensivas necesarias para responder a los ataques contra las obras o instalaciones protegidas, y de que su armamento se limite a armas que sólo puedan servir para repeler acciones hostiles contra las obras o instalaciones protegidas; 6. Se insta a las Altas Partes contratantes y a las Partes en conflicto a que concierten entre sí otros acuerdos que brinden protección complementaria a los bienes que contengan fuerzas peligrosas; 7. Para facilitar la identificación de los bienes protegidos por el presente artículo, las Partes en conflicto podrán marcarlos con un signo especial consistente en un grupo de tres círculos de color naranja vivo a lo largo de un mismo eje, como se indica en el artículo 16 del Anexo I del presente Protocolo. La ausencia de tal señalización no dispensará en modo alguno a las Partes en conflicto de las obligaciones dimanantes del presente artículo”; véase en la sección de bases de datos del CICR.

combatientes se distingan en todo momento de la población civil, obligación que se extiende a objetos como aviones de guerra, tanques, etc. No obstante, tal imposición es inexistente con relación a un tipo de distinción visual, o concreta, extendida potencialmente a otros objetivos militares como puentes, fábricas, plataformas petrolíferas.<sup>399</sup>

Pastor Ridruejo,<sup>400</sup> con su reflexión crítica sobre la disputa referida ante la CIJ, sobre el ataque estadounidense a las plataformas petrolíferas iraníes del año 2003, nos confiere el mejor ejemplo de esta problemática, a pesar de la claridad lógica y santidad expresada hacia la noción de distinción. Para efectos de demostración citemos los que este académico defiende y, lo que nos interesa dentro del contexto de esta tesis, con relación al DIH. En primer lugar, “The US...justified the attacks against the platforms since in their opinion they were used for military intelligence and communications activities, harming US security”.<sup>401</sup> En segundo lugar es obvio que, “for the defence actions to be legal these rulings require both the principle of necessity and the principle of proportionality between the armed attack and the defensive response”.<sup>402</sup> En tercer lugar, si bien es cierto que la Corte toma en cuenta “the necessity and proportionality of the defence action, the judgment [also] takes into account Iran’s acknowledgement of the fact that a small number of military staff and equipment was present on some platforms and of its claim that their presence had a purely defensive aim”.<sup>403</sup> Sin embargo, “the Court is not sufficiently convinced that the available proofs confirm the claim presented by the United States claiming the significance

---

<sup>399</sup> Dinstein, ‘The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict’ (supra nota 188) 38.

<sup>400</sup> Pastor Ridruejo, ‘On the Relationship Between *Ius in Bello* and *Ius ad Bellum*. Can a Notion of International Humanitarian Law to Influence the Determination of the Legality of the Use of Force? in P.A. Fernández-Sánchez (Editor), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts. In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo* (Martinus Nijhoff Publishers 2005).

<sup>401</sup> Ibid 6.

<sup>402</sup> Ibid 7.

<sup>403</sup> Ibid.

of the military presence...and...even if accepting these claims for dialectical reasons...it is impossible to maintain that the attacks against the oil platforms can be justified as acts of legitimate defense”.<sup>404</sup> Pues bien, si las plataformas petrolíferas no eran objetos militares, necesariamente en razón de su uso, en el momento de las circunstancias imperantes, en contraste, debieron ser consideradas como infraestructura civil, por tanto entrar en la ecuación de la proporcionalidad y del principio de distinción. Al no aprobar el examen que estas normas demandan, el ataque, en consecuencia, es ilegal. Ciertamente esta es la conclusión de Pastor Ridruejo, cuando somete a juicio que las plataformas petrolíferas “were civilian objects and not military targets. Because, just as the Court says in its judgment, there was a military presence on at least some of them, it is not less sure that the Court was of the opinion that this presence lacked any relevance or significance. This means that repeating the terms of Article 52 of Protocol I, the platforms neither by nature, location or purpose made an effective contribution to military action, meaning that they were not military targets. In consequence, they were exempt from attacks and reprisals by enemies. And this consideration, fully belonging to the *ius in bello*, or International Humanitarian Law, taking into account the principle of necessity that inspires all its provisions, offers legal support to the Court’s affirmation that in these actions of punishments the requirement of necessity and proportionality, inherent to legitimate defence, were not present”.<sup>405</sup>

¿Qué más podemos inferir del principio de distinción y proporcionalidad a la luz del ejemplo que nos presenta Pastor Ridruejo? Podemos sugerir al menos dos elementos adicionales. En primer lugar, si bien estamos de acuerdo con Dinstein en que es posible

---

<sup>404</sup> Ibid.

<sup>405</sup> Ibid 8.



construir potencialmente una lista de objetivos militares, estructurada de acuerdo con las razones estipuladas en el Artículo 52(2) del PAI,<sup>406</sup> esa lista podría considerarse limitada de la misma manera, así que es recomendable inclinarse “towards a situation-dependent, criterion-oriented approach”.<sup>407</sup> Apoyándonos en este enfoque analítico, sometemos a juicio que las plataformas definitivamente son abarcadas por el ámbito de protección conferido por el principio de distinción contenido en el Artículo 48 del PAI y, por ser excluidas de los objetivos militares legítimos, las mismas no encajan dentro de la normativa contenida en el Artículo 56, a como Pastor Ridruejo defiende.<sup>408</sup> También, este enfoque ayuda a identificar con más efectividad la selección de blancos, especialmente cuando, a como reiteramos, la maquinaria normativa del DIH carece de la existencia de una provisión jurídica que demande la distinción visual de otros objetos como las plataformas en cuestión, puentes, o industrias. En segundo lugar, la CIJ, examina la idea de ‘no ocasionar daños mayores que lo absolutamente necesario’ para determinar la legalidad del ataque estadounidense a las plataformas petrolíferas iraníes y sugiere que estamos frente a un hecho antijurídico. La CIJ dijo al respecto que “[it] cannot close its eyes to the scale of the whole operation... [which]...can[not] be regarded, in the circumstances of this case as proportionate use of force in self-defense”.<sup>409</sup> Además el PAI no solo proscribía ataques deliberados contra la población civil y bienes civiles sino que asimismo sanciona ataques indiscriminados. Jurídicamente no existe diferencia sustantiva alguna entre ataques deliberados contra la

---

<sup>406</sup> Dinstein, ‘The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict’ (supra nota 188) 83-84.

<sup>407</sup> Fenrick, ‘Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign Against Yugoslavia’ (2001) (12)(3) European Journal of International Law 489, 489.

<sup>408</sup> Pastor Ridruejo, ‘On the Relationship Between *Ius in Bello* and *Ius ad Bellum*. Can a Notion of International Humanitarian Law to Influence the Determination of the Legality of the Use of Force’ (supra nota 400) 9.

<sup>409</sup> ICJ, Case Concerning Oil Platforms (Iran v. United States) (Judgement) (2003) para. 77 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9715.pdf>> accedido el 7 de mayo de 2012.

población civil, o bienes civiles, y el no respeto hacia el principio de distinción, aún cuando el daño colateral excesivo no sea intencionado, ambos son prohibidos.<sup>410</sup> Además, a pesar de que el objetivo militar sea confirmado como legítimo, es necesario determinar los riesgos hacia la pérdida de vidas, por ejemplo, civiles dentro o localizados cerca del blanco, errores de cálculos, inteligencia inexacta, que potencialmente podrían expandir el radio de los efectos del ataque, en consecuencia, sacándolo fuera del área del blanco y considerándose así como ataque indiscriminado.

El principio de proporcionalidad confiere legalidad al daño colateral ocasionado por los elementos antes mencionados. También, es claro que, un objetivo militar legítimo no pierde como tal su calificativo solo porque el ataque haya sido desproporcionado. El principio de proporcionalidad funciona simbióticamente con el principio de distinción porque esa directiva es implementable a objetivos militares legítimos. Asimismo es evidente que un ataque que respete el principio de distinción podría calificarse como proporcionado. Sin embargo, un ataque indiscriminado, de acuerdo con la regulación normativa convencional contenida en el Artículo 51(5)(b) del PAI es definitivamente ilegal sin importar el resultado. El principio de proporcionalidad determina la legitimidad del daño colateral incidental, en contraste, el ataque indiscriminado, por su naturaleza, ni siquiera alcanza la cuestión de la proporcionalidad, por tanto, es totalmente incompatible con los requerimientos del DIH. Cualquier perspectiva teórica que asumamos para aproximarnos a un análisis jurídico de la cuestión de las plataformas petrolíferas necesariamente nos llevará a concluir la ilegalidad del ataque.

---

<sup>410</sup> Dinstein, 'The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict' (supra nota 188) 119. El determinante de los daños colaterales excesivos es el elemento de la intención. Véase el daño colateral excesivo como crimen de guerra en el capítulo V de esta tesis.

A como hemos constatado a la luz de estas consideraciones, el principio de proporcionalidad y el principio de distinción son dos normas intrínsecamente interconectadas en el entretejido jurídico que compone la estructura del DIH. Así es que no es posible entender el principio de proporcionalidad si, en relación, nos desprendemos del principio de distinción. Ambas directivas no operan en aislamiento una de la otra, y, de otras normas del DIH. Dentro de esta dinámica observemos la pregunta dos antes formulada.

### 3.4.3 ¿Quién Puede Ser Atacado?: Combatientes contra Civiles

Para responder a este interrogante, obsérvese que anteriormente nos referimos al principio de distinción como principio genérico. En otras palabras, la distinción entre combatientes y no combatientes contenida en el PAI es implementable por igual en todo conflicto armado. Por supuesto, a pesar de la claridad lógica expresada en esta distinción, tal dicotomía prueba ser difícil de ser empleada. En un intento por clarificar la noción de combatiente y de civil empezamos por el análisis ‘macro-cósmico’. Pues bien, ajustándonos al espíritu y principio de lo estipulado en las proscripciones normativas del DIH la respuesta al planteamiento es directa. Como criterio mínimo debemos aceptar los cuatro calificativos contenidos en el Artículo 1 de las Regulaciones de la Haya de 1907: 1) tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos, 2) tener una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia, 3) llevar armas ostensiblemente y 4) sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra.<sup>411</sup> Además de estos cuatro requisitos la Tercera Convención de Ginebra de 1949 nos agrega dos elementos más: 1) pertenecer a una parte

---

<sup>411</sup> Convenio de la Haya de 1907 Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, Art. 1.

del conflicto y 2) a un grupo organizado.<sup>412</sup> De acuerdo con estas regulaciones la categoría legal de combatientes corresponde a las fuerzas armadas, milicias, miembros de resistencias organizadas bajo un comando responsable, que llevan un uniforme, portan armas abiertamente, y se sujeten a un sistema disciplinario capaz de implementar el DIH, así como miembros de un *lavée en masse*.<sup>413</sup> En contraste vale preguntarse ¿quién es un civil?

La noción de civil es definida negativa y pasivamente por el DIH. Así, el concepto de civil es una categoría residual: quien no es un combatiente obligatoriamente deber considerarse como civil. Ahora bien, Rodríguez-Villasante y Prieto sugiere que, “the consequence of this negative definition is that, in an international armed conflict, the protection regarding prisoners of war and civilian is complimentary”.<sup>414</sup> Los miembros de la población civil son reconocidos teóricamente porque los combatientes tienen la obligación de distinguirse de los mismos, a menos que la naturaleza de las hostilidades no permita que los combatientes cumplan con este requisito.<sup>415</sup> Aún más el Artículo 50(1) del PAI nos presenta las condiciones constitutivas del no combatiente, claramente opuestos a los del combatiente antes descritos. Esta bifurcación, fundamentada sobre la premisa de que la guerra es un privilegio de los combatientes y que, por tanto, la población civil debe ser escudada de las hostilidades, nos lleva a indicar una diferencia técnica entre el principio contenido en los Protocolos y el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra. ¿Qué queremos decir con este argumento?

---

<sup>412</sup> Véase el Tercer Convenio de Ginebra de 1949.

<sup>413</sup> Este grupo corresponde a los habitantes de un territorio sin ocupación, quienes se levantan en armas espontáneamente contra un enemigo que se aproxima, y sin haber tenido el tiempo necesario para organizarse en una estructura de fuerzas regulares organizadas; véase Artículo de la Tercera Convención de Ginebra de 1949

<sup>414</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Terrorists Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ in P.A. Fernández-Sánchez (Editor), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (supra nota 400) 33.

<sup>415</sup> PAI, Art. 44(3).

El privilegio del combatiente, y su derecho a ser tratado como prisionero de guerra, no es funcional en conflictos armados de carácter no internacional. La condición jurídica especial ofrecida a los civiles es que a ellos se les prohíbe estrictamente la participación en las hostilidades. Esta proscripción no es extensible para el caso de *levée en masse*, donde civiles pueden portar armas abiertamente, y respetar el derecho humanitario, con el fin de ser considerados como combatientes; caso contrario perderían su protección. Sin embargo, civiles que participan ilegalmente en las hostilidades no son de hecho combatientes, aún cuando *de facto* reúnan algunas de los elementos constitutivos del combatiente. Estos civiles denominados ‘combatientes ilegales’ (término de alguna forma contradictorio) permanecen en su condición de civil. Esto implica que actos de violencia ‘ejecutados por combatientes ilegales’ durante un conflicto de carácter no internacional sean sancionados bajo el derecho interno de los Estados. Así, sujetándonos a lo regulado en el Artículo 6(5) del PAII,<sup>416</sup> referente a las diligencias penales, los Estados son motivados, pero no

---

<sup>416</sup> PAII, Art. 6(5) relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, estipula lo siguiente: “el presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. En particular: el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual; nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello; toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada; nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encinta ni en las madres de niños de corta edad. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

obligados, a prestar garantías judiciales para individuos que han participado en un conflicto armado pero que no hayan cometido crímenes graves, transgresiones que esas entidades están obligadas a investigar y procesar penalmente.

En consecuencia, la noción de combatiente y prisionero de guerra no es de trascendencia en conflictos armados no internacionales, excepto por reconocimiento unilateral explícito a miembros de fuerzas armadas no estatales por parte de una de las Partes involucradas en el conflicto, o de acuerdo con lo consagrado en el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra. Esta directiva normativa regula que “las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo”. Obsérvese que, esta directiva no utiliza explícitamente la noción de combatiente y de civil, ni tampoco los define sino que, en contraste, indica una distinción entre por un lado, ‘personas que participan directamente en las hostilidades’ y, por otro, ‘las que no participan directamente en las hostilidades’. Nótese también que esta disposición jurídica hace referencia a ‘los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas’ y que no toman parte activa en la confrontación armada. A partir de estas observaciones, inferimos al menos cuatro conclusiones.

En primer lugar, en ausencia de la noción de combatiente en un conflicto de carácter intraestatal, el principio de distinción no puede ser conceptualizado de la misma forma en que los conceptualizamos en un conflicto armado internacional. No podemos extrapolar el

principio de distinción de la misma manera porque en un conflicto de carácter no internacional, la carencia de esa bifurcación, o referente, entre combatiente y no combatiente, no permite que entendamos el principio de distinción más que de manera genérica. Esta dicotomía solo tiene como referente a objetos legítimos de ataque y los que disfrutan de un estatus de protección, dejando fuera de la ecuación del combate a cualquier otro actor ‘intermedio’ involucrado en las hostilidades. En otras palabras, de manera análoga, podemos trasplantar el principio de distinción a un conflicto de carácter no internacional e implementarlo. Sin embargo, debido a que el ‘combatiente no estatal’, o ‘ilegal’, corresponde, de manera genérica, en muchos casos a grupos no organizados, con ello nos referimos a personas que no disfrutan de la inmunidad contra ataques ofrecida a civiles por el DIH, entonces, para diferenciarlos de la población civil inocente, debemos necesariamente de centrarnos en la cuestión de quien es un civil, y bajo qué condiciones pierde su estatus de protección.

En segundo lugar, desde una perspectiva conceptual, si bien es cierto la noción de combatiente es normativamente inexistente en relación a conflictos armados internos, esto no absuelve de responsabilidad a las partes involucradas en un conflicto. Para ello, no debemos olvidar el precepto de conflicto armado, el cual involucra al menos dos actores que utilizan la violencia prolongada y armada y, al principio de igualdad bajo el DIH. Miembros de grupos organizados no actúan como personas atomizadas, sino como parte de un colectivo estructurado, cuyo propósito es el uso de la violencia para infligir daños y muertes en el enemigo. Una vez que el umbral mínimo de violencia requerido es cruzado, entramos en el ámbito de un conflicto armado, el cual detona la implementación del DIH para las Partes involucradas en la violencia y la población civil inocente. Compartimos

perfectamente la idea de Rodríguez-Villasante y Prieto cuando indica que, por ejemplo, “regarding the members of Al Qaeda captured in Afghanistan who were fighting in this international conflict, the fact that they constitute or are member of an international terrorist group does not prevent them from being recognized as combatants, provided the individual and collective requirements established in the Third Geneva Convention are satisfied. Accordingly, it is necessary to know if these militias or volunteer corps were integrated into or formed part of the armed forces of Afghanistan or belonged to this party to the conflict, if they were commanded by a person responsible for his subordinates and if they carried out their operations in accordance with the rule and customs of war...The recognition of the status of a combatant, and consequently, of the treatment due to prisoners of war, does not prevent [them] being tried for crimes they may have committed in accordance with the rule of International Law”.<sup>417</sup>

En tercer lugar, nótese que el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra hace referencia explícita a miembros de las fuerzas armadas convencionales, en un conflicto armado de carácter no internacional. No obstante, esta explicitud no es extendida, ni siquiera mencionada con relación a fuerzas armadas de actores no estatales. En consecuencia, a falta de esta distinción, la activación de maquinaria legal del DIH para actores no estatales está lleno de dificultades, y, solo podrá ser posible porque la normativa es implementable para “cada una de las Partes en el conflicto” pero no porque esos actores no estatales sean reconocidos explícitamente desde el punto de vista jurídico. Claro está que cuando tenemos a un grupo armado organizado, de acuerdo con los elementos constitutivos del combatiente antes descritos, no hay mucho problema. No obstante, cuando el grupo es

---

<sup>417</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto ‘Terrorists Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ (supra nota 414) 32.



amorfo, y desafía los elementos constitutivos del combatiente, no se distingue de la población civil, o se metamorfoza asimétricamente de acuerdo con los cambios en el desarrollo del conflicto armado, el mismo representa un desafío para el principio de distinción y de proporcionalidad.<sup>418</sup>

En cuarto lugar, ejercer el papel fundamental de protección a la población civil depende del entendimiento de que ciertas acciones desactivan la pérdida de inmunidad civil. En este contexto, reiteramos, las partes en un conflicto están obligadas a implementar el principio de distinción, y dirigir sus operaciones solo contra los objetivos militares legítimos y no civiles, de acuerdo con lo consagrado en PAI y, en el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra, estándar mínimo de protección establecido para civiles, por ejemplo, “los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados” y, que por supuesto, no toman parte directa durante los conflictos armados de carácter no internacional. También “o serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”. Ahora bien, civiles pierden su inmunidad frente a ataques cuando participan directa o activamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

---

<sup>418</sup> Para una explicación más detallada véase Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law* (Cambridge University Press 2002).

Obsérvese que este último elemento diferenciador entre las nociones mutuamente excluyentes de combatientes y no combatientes, no abarca una posible tercera categoría de ‘cuasi-combatientes’ o de ‘combatientes ilegales’, “i.e., of civilians contributing so fundamentally to the military effort or the war effort (e.g., workers in ammunition factories) that they lose their civilian status although not directly participating in hostilities. If the civilian population shall be protected, only one distinction is practicable: The distinction between those who (may) directly participate in hostilities, on the one hand, and all others, on the other hand, who do not, may not, and cannot hinder the enemy militarily from obtaining control over their country in the form of a complete military occupation...”<sup>419</sup>

Ahora bien, si afirmar lo anterior no posee dificultad alguna, el problema al que nos enfrentamos es que no existe definición alguna sobre la noción en el derecho de los tratados o práctica jurisprudencial o de los Estados, que nos aclare el contenido concreto de la idea de ‘participación directa en las hostilidades’ y que, por tanto, sirva de basamento real en lo referente a una distinción entre civiles que participan directamente en las hostilidades y los que no participan en esas actividades. Asimismo, el término hostilidades es problemático porque el término “is even used quite often without specifying what it comprises and, on occasions, it is likened to an *armed conflict*. It is true that hostilities can only occur during the course of an armed conflict, for if not they would constitute a criminal act against the internal public order of a state”.<sup>420</sup>

No obstante, Verri nos sugiere que por hostilidades debemos comprender “los actos de violencia ejercidos por un beligerante contra un adversario a efectos de aniquilar su

---

<sup>419</sup> Sassoli, ‘Legitimate Target of Attacks under International Humanitarian Law’ (Program on Humanitarian Policy and Conflict Research Policy at Harvard University 2003) 9.

<sup>420</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto ‘Terrorists Acts, ‘Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ (supra nota 414) 40.

resistencia y obligarlos a seguir su propia voluntad”.<sup>421</sup> Restrictivamente Salmon agrega que por hostilidades debemos entender actos defensivos u ofensivos y operaciones militares ejecutadas por un beligerante durante un conflicto armado.<sup>422</sup> A partir de esta de esta última connotación Quéguiner infiere tres características esenciales del término hostilidades. En primer lugar, una operación o acto deber ser intrínsecamente ligado a un conflicto armado, sin importar su índole. En ausencia de un conflicto armado, un acto cometido contra las fuerzas armadas de un Estado no caería dentro de la noción de hostilidades, pero sería considerado como un acto criminal castigable dentro del derecho interno de ese Estado. En segundo lugar, el acto debe ser ejecutado por uno o más de los beligerantes. Este condicionante no implica que el término hostilidades no pueda ser usado si civiles toman parte en el acto de hostilidad; lo que no incluye es violencia armada, ejecutada por grupos criminales que actúan sin ninguna conexión en el conflicto armado; y, tercero, la noción de hostilidades requiere de actos de violencia, esto es actos que involucren el uso de la fuerza.<sup>423</sup>

Pues bien, dentro del contexto teórico-explicativo que nos ofrecen estos investigadores, sometemos a juicio la idea de que la noción de participación directa en las hostilidades involucra necesariamente tres elementos. En primer lugar, involucra el hecho de civiles que se enganchan directamente en actos específicos de violencia, con el objeto de apoyar a una de las partes contendoras, y de causar daños militares en el opositor o en su capacidad de proyección de poder.

---

<sup>421</sup> Verri, *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados* (supra nota 196) 50.

<sup>422</sup> Jean Salmon, *Dictionnaire de la Terminologie de Droit International* (Bruylant 2001) cited in Quéguiner, *'Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law'* (2003) (International Humanitarian Law Research Initiative on the Reaffirmation and Development of IHL Working Paper 1/2003, 2 <[http://ihl.ihlresearch.org/\\_data/n\\_0002/resources/live/briefing3297.pdf](http://ihl.ihlresearch.org/_data/n_0002/resources/live/briefing3297.pdf)> accedido el 6 de mayo de 2012.

<sup>423</sup> Ibid.

En segundo lugar, el despliegue directo de hostilidad, o participación en ataques específicos contra un enemigo combatiente, debe ejecutarse dentro del contexto de un conflicto armado, en consonancia a lo estipulado en el Artículo 49(1) del PAI, el cual estipula que “se entiende por ataques los actos de violencia contra el adversario, sean ofensivos o defensivos”.<sup>424</sup> También, en el caso de la fiscalía contra Krnojelac, el TICAY aclara lo siguiente: “an attack can be defined as a course of conduct involving the commission of acts of violence. The concept of “attack” is distinct and independent from the concept of “armed conflict”. In practice, the attack could outlast, precede or run parallel to the armed conflict, without necessarily being a part of it”.<sup>425</sup>

En tercer lugar, esta interpretación de participación directa en las hostilidades está en consonancia con los comentarios del CICR al PAI. De acuerdo con los comentarios, al PAI, participación directa en las hostilidades involucra “a direct causal relationship between the activity engaged in the harm done to the enemy at the time and place where the activity occurs”.<sup>426</sup> También agrega que participación directa “shall be understood to be acts which by their nature and purpose are intended to cause actual harm to the personnel and equipment of the armed forces”.<sup>427</sup> Similarmente, en los comentarios al PAII se argumenta que la idea de participación directa en las hostilidades involucra una relación causal pero suficiente entre el acto de participar en las hostilidades y sus consecuencias inmediatas.<sup>428</sup> En otras palabras, pareciera ser que los comentarios al PAII indican que, la conducta del civil que participa directamente en las actividades debe de constituir una amenaza inmediata y directa para el opositor. Si aceptamos este argumento entonces debemos

---

<sup>424</sup> PAI, Art. 49(1).

<sup>425</sup> Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Case No. IT-97-25 (15 March 2002) para. 54.

<sup>426</sup> Sandoz, *et. al.*, *Commentary on the Additional Protocols*, PAI , Art. 43, para. 1679.

<sup>427</sup> Ibid Art. 42, para. 1642.

<sup>428</sup> Ibid PAII, Art. 13, para. 4787.

aceptar que participación directa de civiles requiere que sus actos de hostilidad deban de estar en proximidad al blanco, así, por ejemplo, [if an] ammunition truck driver, one who transports ammunition from the factory to ammunition depots would clearly not be directly participating; an individual who delivered it to the front lines, however, arguably would”.

429

Sin embargo, la validez de esta posición ha sido cuestionada por algunos expertos. Para muchos, la participación directa en las hostilidades comprende no solo actos que involucren la ejecución *de facto* de la violencia pero, asimismo, a actos encaminados a proteger el personal y la infraestructura militar.<sup>430</sup> Del mismo modo se ha sugerido que, participación directa en las hostilidades se basa en apreciación hacia el valor agregado que un trabajador civil acarree para el esfuerzo total de la guerra y no solo en términos puramente militares.<sup>431</sup> Rogers sugiere que un civil que acarrea amuniciones dentro de una zona de combate participa directamente en las hostilidades.<sup>432</sup> Por tanto, tal civil es un blanco legítimo de ataque mientras dure su participación en esas hostilidades. Esta sugerencia tiene detractores. Así, Rodríguez-Villasante y Prieto sostiene que el transporte de armas o amuniciones podría considerarse como exclusivamente participación indirecta en las hostilidades.<sup>433</sup> Quéguiner defiende que es autoevidente que un civil que porta armas e indica su intención de usarlas pero no en autodefensa, no puede reclamar inmunidad frente a un ataque.<sup>434</sup> Schmitt concuerda con Quéguiner, y afirma que “for example, working in a munitions factory is distant from the direct participation of force, whereas providing

---

<sup>429</sup> Schmitt, ‘Direct Participation in the Hostilities and 21st Century Armed Conflict’ (supra nota 134) 508.

<sup>430</sup> Véase Quéguiner, ‘Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities’ (infra nota 511).

<sup>431</sup> Ibid.

<sup>432</sup> Rogers, *Law on the Battlefield* (supra nota) 8.

<sup>433</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Terrorists Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ (supra nota 414) 41.

<sup>434</sup> Quéguiner, ‘Direct Participation in Hostilities in International Humanitarian Law’ (supra nota 422) 4.

tactical intelligence is essential and immediate...Suggesting that civilians retain their immunity even when they are intricately involved in a conflict is to engender disrespect for the law by combatants endangered in their activities”.<sup>435</sup>

Nos parece entonces apropiado afirmar que determinar la noción de participación directa en las hostilidades no es una cuestión taxativa sino de carácter contextual. Es claro que existen casos en donde un civil participa directamente en las hostilidades, incluyendo preparación y su desplazamiento con antelación al ataque,<sup>436</sup> siempre y cuando esos actos sean de carácter militar, por ejemplo, un civil que se levanta en armas para matar a soldados enemigos o, en palabras de Kalshoven, que destruye a un puente que da paso al acarreo de materiales para el enemigo. Sin embargo, existen casos donde el acto de hostilidad desplegado no es de carácter taxativo y, dónde el civil no despliega la intención de dañar al enemigo, pero tiene la intención de obstaculizar la ventaja militar que el oponente pueda obtener en el combate. En estas circunstancias, es necesario llevar a cabo un análisis crítico sobre la intención, o acto de la persona, con el objeto de determinar si su participación en el combate es directa y, en consecuencia, proteger su inmunidad. Si bien es cierto que podríamos argumentar que, esta cuestión no es fácil de lograr dentro de la neblina contenida en el teatro de la guerra, porque no existe el tiempo necesario para evaluar caso por caso las intenciones que motivan los actos de hostilidad, también es importante sopesar evidencia para dilucidar tales intenciones, así defendido por el TICAY en el caso Tadic En consecuencia, “it is necessary to define exactly the line dividing those taking an active part in the hostilities, and those who are not so involved. It is sufficient to examine the relevant facts of each victim and to ascertain whether, in each individual’s circumstances, that

---

<sup>435</sup> Schmitt, ‘Direct Participation in the Hostilities and 21st Century Armed Conflict’ (supra nota 134) 509.

<sup>436</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Terrorists Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ (supra nota 414).

person was actively involved in hostilities at the relevant time”.<sup>437</sup> Si de forma similar, podrían muchos defender que, discernimiento de las intenciones solo es posible en teatros simétricos de guerra, donde la fuerza es usada en respuesta a hechos visibles y discernibles mostrados por el atacante, también es justo afirmar que el uso reactivo de la fuerza frente a los desconocido debe ajustarse al principio de proporcionalidad y de necesidad militar. En consecuencia, un civil que demuestra un acto cuya intención no es obtener, de manera manifiesta, ventaja militar para el bando que apoya, o infligir daños en el enemigo, no participa directamente en las hostilidades; por ende, su inmunidad frente a ataques debería ser respetada. ¿Qué relación entonces tiene todo esto con relación al asunto de la proporcionalidad?

Debemos notar que los argumentos referentes al estatus de civiles, especialmente aquellos que trabajan en objetivos militares es debatido. Así, Hays-Parks, sugiere que civiles que trabajan en fábricas de municiones renuncian a su estatus de civil porque se han transmutado en cuasi-combatientes, en consecuencia, no constituyen parte del daño colateral y no deben tomarse en cuenta en la ecuación de la proporcionalidad.<sup>438</sup> En contraste, Dinstein justifica su rechazo a la existencia de cuasi-combatientes al indicar que civiles que laboran en objetivos militares pierden, *de facto*, su protección. Esta idea no quiere decir, sin embargo, que éstos hayan renunciado a su estatus de civil, por tanto, son parte del daño colateral y variables a incluirse en la ecuación de la proporcionalidad.<sup>439</sup> Rogers, aboga por una construcción estrecha del término de participación directa en las hostilidades, desprendiéndose así de la noción de cuasi-combatiente o combatiente ilegal. No obstante, Rogers alega controvertidamente que ciertos objetivos militares como fábricas

---

<sup>437</sup> Prosecutor v. Dusko Tadic, Case ICTR IT-94-1, (Opinion and Judgement) (7 May 1997) para. 616.

<sup>438</sup> Hays-Parks, ‘Air War and the Law of War’ (supra nota 336) 174.

<sup>439</sup> Dinstein, ‘The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict’ (supra nota 188) 124.

de municiones son de tal trascendencia que, aún cuando resulte un alto número de víctimas civiles, producto de su destrucción, esas bajas civiles serán proporcionales a la ventaja militar adquirida,<sup>440</sup> siempre y cuando el atacante tome las precauciones necesarias para minimizar el riesgo de civiles que trabajan en objetivos militares.<sup>441</sup> Schmitt rechaza la noción de cuasi-combatiente, así como la idea de que civiles que trabajan en objetivos militares carecen de cierto nivel de protección. De acuerdo con Schmitt, si bien es cierto que civiles asumen riesgos cuando trabajan en objetivos militares, también es importante señalar que el atacante debe asumir responsabilidad de implementar la norma de la proporcionalidad.<sup>442</sup>

Fundamentándonos en estos aportes doctrinales, sugerimos que, la postura de algunos expertos, relativa al hecho de que civiles pueden ser atacados debido a su contribución a los esfuerzos de la guerra, aún cuando no directamente participen en las hostilidades, es insostenible. El atacante debe distinguir, en todo momento, entre objetivos militares legítimos y, personas protegidas. En otras palabras, es aceptable atacar objetivos militares donde se encuentren trabajando civiles, siempre y cuando, el ataque se ajuste al principio de proporcionalidad. El ataque resulta ilegal si y solo si el número de muertes civiles es desproporcionado con relación a la ventaja militar adquirida. En este sentido, el resultado no necesariamente es placentero pero muerte incidental de civiles es legítima. La única forma de mantener esa legitimidad es con la implementación práctica de la norma en cuestión en el campo de batalla, y en el campo jurisprudencial, indisputablemente siendo este el caso de la sentencia No. 769/02, dictada por la Corte Suprema de Israel, en el caso de los Asesinatos Selectivos el 13 de diciembre de 2006. Sin duda alguna esta sentencia

---

<sup>440</sup> Ibid 124.

<sup>441</sup> Rogers, *Law on the Battlefield* (supra nota 292) 17.

<sup>442</sup> Schmitt, 'Book Review: Law on the Battlefield' (supra nota 188) 261.



merece de atención, ya que la misma constituye uno de los dictados judiciales más comprensivos e interesantes dados por un tribunal interno sobre las normas del DIH, que rigen las operaciones militares contra actores asimétricos, o no estatales, durante un conflicto armado.

### 3.5 Implementación del Principio de Proporcionalidad por la Corte Suprema de Israel: los Asesinatos Selectivos.

Antes de adentrarnos esencialmente en el contenido de la sentencia, para efectos de claridad, debemos aproximarnos brevemente al establecimiento conceptual sobre lo que debemos entender por asesinatos selectivos o, en lo que la terminología de Rodríguez-Villasante y Prieto es “lo que vulgarmente se podría calificar como “licencia para matar””.<sup>443</sup>

#### 3.5.1 Asesinatos Selectivos: Aproximación al Concepto

No existe consenso alguno concerniente a la definición de asesinatos selectivos en el DIH. No obstante, es razonable citar al menos tres ejemplos de asesinatos selectivos, para contextualizarlos dentro de un marco nocional relevante para esta investigación.

El tres de noviembre de 2002, cerca del desierto de Sanaa, en Yemen, un avión de la CIA detectó a seis sospechosos miembros de Al Qaeda, viajando en un coche. Entre los sospechosos se encontraba Qaed Senyan al-Harithi, sospechoso de haber sido el intelectual detrás del ataque al barco US Cole, por consiguiente, se encontraba entre la lista de blancos de ataque de alto valor y, cuya eliminación por captura o muerte, había sido requerida por el Presidente Bush. Los Estados Unidos y Yemen habían seguido los movimientos del

---

<sup>443</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Asesinatos selectivos y Ejecuciones Extrajudiciales en los Conflictos Armados Actuales’  
<<http://www.defensesociale.org/xvcongreso/ponencias/JoseLuisRodriguezVillasante.pdf>> accedido el 6 de mayo de 2012.

sospechoso durante meses y, ahora fuera de áreas urbanas, un avión de guerra Predador de la CIA lanzó un misil al vehículo. Todos los ocupantes murieron en el ataque.<sup>444</sup> Esta acción constituye un asesinato selectivo.

El 22 de julio de 2005, la policía británica persiguió a Chales de Menezes, un brasileño acusado, por error, de ser terrorista quien, después de dejar su apartamento en Londres, fue perseguido hasta la estación del metro Stockwell. Una vez ahí la policía deliberadamente lo mató.<sup>445</sup> Este ejemplo también es un asesinato selectivo.

En el caso de Israel, entre el 29 de septiembre de 2000 y el 15 de enero de 2006, las tropas israelíes con éxito mataron deliberadamente a 204 blancos, donde resultaron 115 civiles inocentes producto de ataques.<sup>446</sup> En concreto, un avión de guerra israelí bombardeó a un edificio ubicado en un área densamente poblada de la ciudad de Gaza en julio de 2002, destruyendo no solo al blanco, a un líder de Hamas, Salah Shehadeh, a su esposa, y a doce personas más. Cien civiles resultaron heridos producto del ataque. Desde entonces, otros asesinatos selectivos han sido cometidos, entre ellos el más reciente blanco atacado, el líder de Hamás, Nyzar Rayyan, en Gaza en enero de 2009.

Ahora bien, ¿qué poseen en común estos hechos denominados asesinatos selectivos? De acuerdo con Nils Meltzer,<sup>447</sup> los asesinatos selectivos poseen cinco elementos esenciales en común:

---

<sup>444</sup> Gary Solís, 'Targeted Killings and the Law of Armed Conflict' (2007) 69(2) Naval Law College Review 128, 131 <<https://www.usnwc.edu/getattachment/764f1498-9f87-406c-b8e5-0068336aa9ed/Targeted-Killing-and-the-Law-of-Armed-Conflict---S>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>445</sup> See The Independent Police Complaints Commission, 'An Investigation into Complaints about the Metropolitan Police Service's Handling of Public Statements following the Shooting of the Jean Charles de Menezes on 22 of July 2005' <[http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/02\\_08\\_07\\_ipcc\\_stockwell.pdf](http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/02_08_07_ipcc_stockwell.pdf)> accedido el 5 de mayo 2012.

<sup>446</sup> Para efectos de la investigación presentamos las estadísticas hasta enero de 2006. En la actualidad las estadísticas incluyen al año 2008. Véase en B'tselem, Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, Data, 29 September 2000 – 31 October 2010.

<sup>447</sup> Nils Meltzer, *Targeted Killing in International Law* (Oxford University Press 2008).

1. El uso de la fuerza letal como método para matar a seres humanos. Además, mientras que los asesinatos selectivos involucran cierto tipo de arma, no existen límites para los métodos alternativos usados para matar a un individuo. En consecuencia, “the notion of ‘lethal force’ must, therefore, include any forcible measure, regardless of the means employed, which is capable of causing the death of a human being”,<sup>448</sup>
2. Existe la intención deliberada y premeditada de matar a un individuo, en contraposición a lo accidental, acto sin intención, negligencia, o uso imprudente de la fuerza. La premeditación requiere de que la intención de matar sea una alternativa consciente, en oposición a los actos voluntarios determinados por impulsos o pasiones. La noción de deliberada implica que la muerte del individuo que se quiera matar sea el fin de la operación [militar], “as opposed to deprivations of life which, although intentional and premeditated, remain the incidental result of an operation pursuing other aims. While logic requires a certain lapse of time between the decision to carry out a targeted killing and the actual application of lethal force, the relevant decision can in practice be taken in a split second, thus rendering the significance of the temporal requirement merely theoretical”;<sup>449</sup>
3. Asesinatos de personas individualmente seleccionadas, elemento que distingue a los asesinatos selectivos de otras operaciones dirigidas contra objetivos o blancos colectivos, al azar, o sin especificación;<sup>450</sup>
4. La falta de custodia física, por tanto, “at the time of their killing, the targeted persons are not in the physical custody of those targeting them. This element

---

<sup>448</sup> Ibid 3.

<sup>449</sup> Ibid 4.

<sup>450</sup> Ibid.

distinguishes targeted killings from judicial and extrajudicial ‘executions’, both of which are here understood as presupposing the existence of physical custody. A judicial authorization for the extra-custodial killing of a selected individual would have no influence on the qualification of that operation as a ‘targeted killing’. In other words, according to the present definition, a targeted killing is an extra-custodial, but not necessarily an extrajudicial, deprivation of life’;<sup>451</sup>

5. El asesinato selectivo debe ser atribuible a un sujeto de derecho internacional para que sea de relevancia dentro de ese sistema normativo. De acuerdo con Melzer, los sujetos primarios del derecho internacional son los Estados, no obstante, en ciertas situaciones y, por razones limitadas, se podría incluir a actores no estatales.<sup>452</sup> Privaciones de la vida, que se atribuyan a los actores no estatales podrían calificarse como asesinatos selectivos, siempre y cuando esos asesinatos caigan dentro del ámbito de las regulaciones, prohibiciones o penalizaciones establecidas por el derecho internacional. En consecuencia, “this last element of the present definition distinguishes targeted killings from deprivations of life that are neither prohibited nor otherwise regulated under international law, such as intentional homicides not amounting to an international crime, and committed by private individuals for reasons unrelated to an armed conflict”;<sup>453</sup>

---

<sup>451</sup> Ibid.

<sup>452</sup> Ibid. Melzer sostiene que la noción de actores no estatales denota a individuos o entidades cuya conducta no es atribuible a los Estados, de acuerdo con las normas del derecho internacional general que rige la responsabilidad de los Estados y la conducta de sus agentes; véase en nota al pie de página 5.

<sup>453</sup> Ibid. Pareciera que los asesinatos de Mahatma Gandhi (30 enero de 1948), del presidente estadounidense John F. Kennedy (22 November 1963), el presidente egipcio Anwar as-Sadat (6 de octubre de 1981), el del Primer Ministro de Israel Yitzhak Rabin (4 de noviembre de 1995), y el del Primer Ministro Servio Zoran Djindjic (12 de marzo de 2003) fueron ejecutados por individuos en circunstancias donde el uso de la fuerza letal no fue regulado, prohibido o penalizado bajo el derecho internacional. A pesar de la enorme relevancia política que tuvieron estos asesinatos, los mismos no podría calificarse como asesinatos

Así, un asesinato selectivo denota el uso de la fuerza letal atribuible a un sujeto de derecho internacional, con la intención premeditada y deliberada de matar a personas individualmente seleccionadas, que no están en custodia física de aquellos que los quieren matar.<sup>454</sup>

Después de habernos aproximado a una noción aceptable de asesinatos selectivos, expondremos la sentencia de la Corte Suprema de Israel concerniente al Caso de los Asesinatos Selectivos. Debido a la naturaleza del asunto que nos corresponde, nos focalizaremos en aquellas cuestiones de la decisión tomada por la Corte que podrían ayudar con la clarificación del principio de proporcionalidad, y de acuerdo con lo estipulado en el PAI.

---

selectivos, por tanto de relevancia bajo el derecho internacional sino, en contraste, crímenes comunes u ordinarios penalizados bajo el derecho interno de los Estados donde los mismos fueron llevados a cabo. Asimismo, asesinatos en el extranjero de figuras políticas, con las protegidas por la Convención de Nueva York de 1973 sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, no constituye necesariamente asesinatos selectivos. Si bien es cierto este instrumento busca prevenir y castigar crímenes contra persona internacionalmente protegidas, el mismo no los prohíbe o los criminaliza. Sin embargo, el instrumento obliga a los Estados signatarios a penalizar, bajo sus sistemas de derecho interno, a actos como el homicidio intencional de persona internacionalmente protegidas, y a cooperar en asuntos sobre prevención, procesamiento judicial y extradición de los individuos que hayan cometido esos actos; véanse los Artículos 2(1)(a). 3, 4, 7 y 8 de la Convención. Melzer sugiere que “the assassination of an internationally protected person by a private actor does not, therefore, in and of itself, constitute a violation of the New York Convention and, thereby, of international law”; *ibid* nota al pie de página 7.

<sup>454</sup> *Ibid* 5. Meltzer Observa que existen muchas definiciones de asesinatos selectivos. Por ejemplo, Steven R. David, define los asesinatos selectivos como “the intentional slaying of a specific individual or group of individuals undertaken with explicit governmental approval,” definición que no distingue entre otro tipo de ejecuciones mortales aprobadas por gobiernos como la pena de muerte; véase Stephen David, ‘Fatal Choices: Israel’s Policy of Targeted Killing’ (2002) 52 Middle East Security and Policy Studies 1,1. Ruys define a los asesinatos selectivos, similarmente sin distinguirlos de asesinatos mortales, como, “wilful killing of a specific individual that is attributable to a State in the sense of the Draft Articles on State Responsibility regardless of the motives involved (political, military necessity or law enforcement)”; véase Tom Ruys, ‘Licence to Kill? State-sponsored Assassination under International Law’ (2005) Luvain University Institute for International Law Working Paper 76/2006, 15. Nuestro objeto no es realizar un análisis exhaustivo de las diferentes definiciones. Hemos tomado de definición de Melzer porque, a nuestro juicio, es la más clara, comprensiva, por tanto, la más apropiada para efectos de esta tesis.

### 3.5.2 Puntos a Resaltar de la Sentencia.<sup>455</sup>

El pronunciamiento de la Corte Suprema es que el empleo de los asesinatos selectivos no es antijurídico en el derecho internacional. De acuerdo con la Corte, no se puede determinar con anticipación que cada asesinato selectivo sea ilegal, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, de la misma manera que no se puede determinar con antelación que cada asesinato selectivo es permisible dentro de ese mismo sistema normativo. Los aspectos jurídicos que rigen la legalidad de los asesinatos selectivos es establecido por el derecho internacional consuetudinario, y la legalidad de cada acto debe ser determinada a la luz de caso por caso. Esta sentencia es de trascendencia porque la Corte no establece, a nuestro juicio, una ‘licencia abierta para matar’ en lo referente al uso de los asesinatos selectivos, usados como método de guerra contra el terrorismo, debido a que, a como la Corte indica, existen restricciones y requisitos para cada caso específico, examinados con base en sus propios méritos.

También, la Corte determinó que existe un estado continuo de conflicto armado entre Israel y las diversas organizaciones terroristas activas en Judea, Samaria y la Franja de Gaza, sujeto a las regulaciones normativas establecidas por el derecho internacional de los conflictos armados. Obsérvese que la Corte necesariamente debía establecer un vínculo entre conflicto armado y los asesinatos selectivos de terroristas, a pesar de que las Convenciones de Ginebra no dicen nada al respecto, y de la ambigüedad existente en el derecho internacional relativa a la existencia de un conflicto armado entre Estados y organizaciones terroristas. A nuestro juicio, sin establecer este vínculo normativo entre la

---

<sup>455</sup> Véase la sentencia página web oficial, Judgements of the Israel Supreme Court : Fighting Terrorism within the Law, HCJ 769/02 The Public Committee against Torture in Israel vs. Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment (2005)  
<<http://elyon1.court.gov.il/VerdictsSearch/EnglishStaticVerdicts.html>> accedido el 7 de mayo de 2012.

noción de conflicto armado y la violencia ejecutada por terroristas palestinos contra Israel, la Corte se hubiera imposibilitado de razonar la maquinaria legal del DIH con el asunto en cuestión y, además, el asesinato selectivo hubiese sido clasificado como un crimen ordinario a ser tratado por el derecho interno de ese Estado.

Así, la Corte razona, para tales efectos, los elementos de derecho internacional consuetudinario y convenciones internacionales que han sido incorporados dentro del derecho interno israelí. En esencia, de acuerdo con la Corte, la Cuarta Convención de la Haya de 1907, relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, las disposiciones normativas de la Cuarta Convención de Ginebra de 1949 y, las normativas consuetudinarias del PAI a las Convenciones de Ginebra, son implementables al caso en análisis. Después de establecer el marco normativo implementable a la conducta que regula el conflicto entre Israel y los grupos terroristas palestinos, la Corte aclara que, “el derecho internacional de los conflictos armados está basado en un balance entre dos consideraciones contradictorias...Una consiste en las consideraciones humanitarias concernientes a aquellos dañados como resultado de un conflicto armado. Estas consideraciones están basadas en la dignidad y los derechos de los individuos. La otra consideración consiste en las necesidades y el éxito militar...El balance entre estas consideraciones es la base del derecho internacional de los conflictos armados”.<sup>456</sup> Este razonamiento de la Corte demanda la implementación del principio consuetudinario de distinción, por tanto, “las partes del conflicto deben en todo momento distinguir entre civiles y combatientes. Sólo se puede dirigir un ataque contra los combatientes. No se debe dirigir un ataque en contra de civiles”.<sup>457</sup>

---

<sup>456</sup> Ibid (traducción propia de citas al español).

<sup>457</sup> Ibid.

Dentro del contexto anterior, la Corte, aclara el estatus jurídico de grupos asimétricos o terroristas, al analizar la distinción entre combatientes, civiles, y combatientes ilegales, cuestión de trascendencia crítica con relación a los derechos y deberes de combatientes y civiles, y sobre todo, a la determinación de quien puede, o no, ser objeto legal de ataque. En consecuencia y, en observación a los elementos constitutivos de los combatientes, establecidos en las Convenciones de Ginebra y el PAI, la Corte concluye que los grupos terroristas no son combatientes legítimos porque no reúnen legalmente los elementos constitutivos del combatiente. Al no ser combatientes legítimos sino que, en contraste, participan en el combate ilegalmente, no disfrutan de los privilegios conferidos a los combatientes legales. No obstante, la Corte no emitió juicio alguno correspondiente al posible reconocimiento de una tercera categoría jurídica de combatientes denominada combatientes ilegales. En consonancia con estas observaciones, la Corte determinó que grupos terroristas eran civiles, que como resultado de su participación ilegal en el combate, esos civiles habían perdido su inmunidad frente a ataques, derecho conferido solo para civiles inocentes o no enganchados en las hostilidades. <sup>458</sup>

¿Qué defendió la Corte referente a las proscripciones normativas de civiles no protegidos frente a ataques por el derecho internacional? Israel no es parte del PAI, lo cual implica que ese instrumento no es implementado por la legislación interna de Israel. No obstante, la Corte indicó que el principio normativo contenido en el Artículo 51(3) del PAI, según el cual los civiles que participan directamente en las hostilidades pierden su protección, es de carácter consuetudinario. Así, ese precepto es compulsorio para Israel por la vía consuetudinaria. <sup>459</sup> Esto implica que, un civil que juega ilegalmente el papel del

---

<sup>458</sup> Ibid.

<sup>459</sup> Ibid.



combatiente pierde su inmunidad, quedando expuesto a los peligros de ataques de igual manera que los combatientes. Pero no solo pierde su inmunidad sino que, también, no goza de los privilegios a los que los combatientes tienen derecho, por ejemplo, ser tratado como prisionero de guerra, o no ser criminalizado por muertes durante el conflicto. En otras palabras, el principio básico es que los civiles que toman parte directa en las hostilidades no son protegidos de ataques ejecutados en su contra por el tiempo en que estén haciéndolo. Este principio es manifiesto en el 51(3) del PAI, el cual establece que “los civiles disfrutarán de la protección entregada por esta sección, a menos, y por ese tiempo en que tomen una parte directa en las hostilidades”.<sup>460</sup>

Para estos efectos la Corte interpretó las siguientes nociones de manera redundante a lo que la doctrina ya ha aportado:

1. Participación en las hostilidades: esta noción no necesariamente requiere de la portación o uso de armas, de hecho, “es posible tomar parte en las hostilidades sin usar armas del todo”.<sup>461</sup> La noción de hostilidades, en este respecto, abarca a actos directos, que por su naturaleza y objetivo no solo tienen la finalidad de causar daños al ejército de un Estado pero también a la población civil;<sup>462</sup>
2. Participación directa en las hostilidades: la Corte determinó que aunque no existe consenso en la literatura legal internacional sobre una definición de la noción de participación directa, el concepto no puede limitarse solo a un civil que ejecuta un ataque físicamente. Aquellos que han enviado al civil que realiza tal ataque,

---

<sup>460</sup> Ibid.

<sup>461</sup> Ibid.

<sup>462</sup> Ibid.

asimismo, toman “parte directa en las hostilidades”. Lo mismo ocurre con la persona que decidió sobre el acto, y la persona que lo planificó.<sup>463</sup>

La Corte categorizó una serie de actos que constituyen, o no, participación directa en las hostilidades:

- a. Individuos que participan directamente en las actividades incluyen a, EHV, “una persona que recolecta inteligencia en el ejército, una persona que transporta combatientes ilegales hacia, o desde, el lugar donde están teniendo lugar las hostilidades; una persona que opera armas que los combatientes ilegales usan, o supervisa su operación, o les provee servicios, sea cual sea la distancia desde el campo de batalla. Todas esas personas desarrollan la función de combatientes. La función determina que tan directa es la participación la parte que se involucra en las hostilidades”,<sup>464</sup>
  - b. En contraposición, individuos que participan indirectamente en las hostilidades no pierden la protección conferida para civiles, por ejemplo, una persona que vende comida o medicinas a un combatiente ilegal, que les provee análisis estratégico o apoyo logístico general o distribuye propaganda.<sup>465</sup>
3. Por ese tiempo, mientras los participantes toman parte directa en las hostilidades: la Corte indicó que no existe consenso con relación a la amplitud de la frase ‘por ese tiempo’, concerniente al tiempo de duración en que un terrorista pierde la protección que se le confiere. En consecuencia, “sin consenso respecto a la

---

<sup>463</sup> Ibid.

<sup>464</sup> Ibid.

<sup>465</sup> Ibid.

interpretación de la expresión por ese tiempo, no hay más opción que proceder [al análisis de] caso a caso”.<sup>466</sup>

Dentro de este entramado, la Corte determinó cuatro consideraciones primarias para determinar la legalidad de un asesinato selectivo:

1. Se requiere de información confiable con antelación al hecho de que un individuo sea categorizado como un civil que participa directamente en las hostilidades;
2. Un civil que toma parte directa en las hostilidades no puede ser objeto de ataque si existe la posibilidad de emplearse otros medios menos dañinos, como el arresto y enjuiciamiento. De esta manera se cumpliría con el principio de la proporcionalidad que, en este caso, consiste en sopesar el anticipado daño a la vida de los soldados con relación a la posibilidad de detener a un operativo terrorista y no matarlo;
3. Después de un ataque ejecutado, contra un civil sospechoso de tomar parte directa en las actividades, debe llevarse a cabo una investigación exhaustiva, *ex post facto*, concerniente a la identidad del blanco y las circunstancias del ataque;
4. Si producto de un ataque militar se producen daños, “no solo para un civil que está participando directamente en las hostilidades, sino que también para civiles inocentes que se encuentren cerca del área del ataque, el daño a estos últimos es daño colateral. Ese daño debe de incluirse en el examen de la proporcionalidad”.<sup>467</sup>

Ahora procederemos a examinar esta cuestión.

---

<sup>466</sup> Ibid.

<sup>467</sup> Ibid.

### 3.5.3 Implementación del Principio de Proporcionalidad por la Corte en los Asesinatos Selectivos: Análisis

La Corte determinó que cada caso debe examinarse a la luz de la norma de la proporcionalidad, por ejemplo, si los beneficios anticipados a obtener, al alcanzarse el objetivo militar, es proporcional al daño que podría causarse a civiles inocentes localizados en la proximidad del blanco. La Corte indicó que debe establecerse, por un lado, una balanza entre la responsabilidad del Estado de Israel de proteger a la vida de sus soldados y de sus ciudadanos y, por otro, el deber de proteger a civiles inocentes que resulten lastimados producto de un ataque a un operativo terrorista. La regla es que terroristas no deben ser atacados si el daño anticipado para civiles inocentes es excesivo con relación a la ventaja militar adquirida.

En su interpretación del principio de proporcionalidad, la Corte parece haber tomado una perspectiva amplia de la norma. Así, la Corte indicó que el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho internacional, así como también un componente substancial del DIH que, en consecuencia, agregamos, funciona como mecanismo normativo que impone limitaciones a la conducta de las hostilidades, y diseñado para proteger derechos humanos fundamentales e intereses de los Estados. Después de establecer que el principio debe de ser activado cuando una operación militar es efectuada contra combatientes y objetivos militares, o en contra de civiles mientras tomen parte directa en las hostilidades, de civiles que resulten dañados, y de reconocer su naturaleza consuetudinaria expresada de manera convencional, a nuestro juicio, en el PAI, la Corte, establece que la norma está conformada por dos elementos constitutivos: primero, un elemento de carácter descriptivo, correspondiente al vínculo entre los medios seleccionados de ataque y los objetivos militares a perseguir y, segundo, elementos de prueba adicionales

requeridos contra los cuales todo ataque debe medirse para determinar la legalidad de los mismos. Así, la primera prueba corresponde al empleo de medios alternativos, o no letales, seleccionados para alcanzar el objetivo militar pero que minimicen el daño humanitario posible. La segunda prueba requiere ajustarse al principio de proporcionalidad en *stricto senso*, o sea, debe establecerse una adecuada relación entre los beneficios militares anticipados y el daño civil incidental. Presentemos estos dos últimos elementos por separado para efectos académicos y de claridad.

#### 3.5.3.1 Medios Alternativos no Letales

La Corte razona la implementación de la norma de la proporcionalidad en el contexto de los asesinatos selectivos y medios alternativos no letales de atacar al enemigo. En efecto, la Corte aclara que, “un civil que toma parte directa en hostilidades no puede ser atacado durante el tiempo en que lo está haciendo, si se pueden emplear otros medios menos dañinos para atacarlo. En nuestro derecho interno, esa regla es aplicada en virtud del principio de proporcionalidad. En efecto, entre los medios militares, uno debe elegir los medios cuyo daño a los derechos humanos de la persona dañada sea el menor. Así, si un terrorista que toma parte directa en hostilidades puede ser arrestado, interrogado, y juzgado, esos son los medios que deben ser empleados...El enjuiciamiento es preferible al uso de la fuerza”.<sup>468</sup>

Esta interpretación del principio de proporcionalidad parece reflejar directamente al principio de proporcionalidad en *stricto senso*. Ahora bien, la calificación de usar medios alternativos no letales, como el arresto, investigación e enjuiciamiento, está sujeta a tres condicionantes. En primer lugar, según la Corte esta posibilidad no siempre existe de

---

<sup>468</sup> Ibid.

ningún modo, aún en condiciones de ocupación armada.<sup>469</sup> En segundo lugar, indica que, los medios alternativos no letales, a veces, involucran un riesgo enorme para la vida de los soldados tanto que no es obligatorio utilizarlos.<sup>470</sup> En tercer lugar, si al usarse medios no letales se causa daños mayores para civiles cercanos al blanco es mejor abstenerse de su empleo.<sup>471</sup> Esta exposición jurídica de la Corte concerniente a requerimientos del examen de la proporcionalidad es, en primera instancia, clara. No obstante, la Corte, de manera circular, no aclara como el principio de proporcionalidad puede ser implementado. En consecuencia, regresamos a las críticas hechas al principio de proporcionalidad expuestos antes: su implementación está impregnada de una alta dosis de subjetividad y especulación concerniente a las circunstancias imperantes en el momento de los hechos y, permeada por ese carácter prospectivo de anticipar consecuencias para cada uno de los medios empleados. En este sentido, la Corte, a nuestro juicio, no aporta clarificación alguna a la naturaleza jurídicamente indeterminada de la norma de la proporcionalidad.

Aún más, si bien la Corte concluye que “un civil que está tomando parte directa en hostilidades no puede ser atacado durante el tiempo en que lo está haciendo, si pueden ser empleados medios menos dañinos”, también podríamos defender que, en la neblina contenida en los conflictos armados, combatientes pueden ser atacados, aún cuando existan medios no letales, siempre y cuando el daño incidental no sea mayor a la ventaja militar adquirida. A pesar de que el daño colateral incidental debe limitarse, función que cumple la proporcionalidad, a los combatientes ilegales no se les confiere mayor protección que a los combatientes legítimos, a como parece de alguna manera sugerir la Corte. Combatientes que participan directamente en las hostilidades pueden ser atacados y, los Estados no tienen

---

<sup>469</sup> Ibid.

<sup>470</sup> Ibid.

<sup>471</sup> Ibid.

obligación alguna de advertirles de las acciones a tomar o de arrestarles.<sup>472</sup> En lo que si concordamos es que, el asesinato selectivo es permitido bajo el DIH, siempre y cuando, sea justificado bajo circunstancias excepcionales con el fin de proteger civiles inocentes en un conflicto armado, no existen otros medios para atacar al individuo y el uso de la fuerza sea proporcionado y mínimo dependiendo de la gravedad del caso. Bajo esta interpretación es difícil invocar el derecho a la autodefensa legítima para justificar asesinatos selectivos, en respuesta a un ataque armado que no sea atribuible a un Estado.

Además, si bien podríamos aceptar la condicionalidad del uso de medios alternativos no letales al alto riesgo que involucran para la vida de los soldados, tanto que no es obligatorio utilizarlos, también podríamos argumentar que el estatus de protección conferido a civiles inocentes debe de tomarse en cuenta al sopesarse los riesgos. La población civil inocente es objeto y sujeto de protección bajo el derecho internacional. En este sentido, las obligaciones de la norma de la proporcionalidad deben ser extrapoladas, tanto para las partes en el conflicto, como para los civiles inocentes, de lo contraria, no podríamos traducir la norma en parámetros específicos de conducta. Es de entenderse, a como considera Hampson, que los comandantes nunca son indiferentes a las bajas militares, y de que su actitud hacia esas bajas informa la manera en que implementan el principio de proporcionalidad.<sup>473</sup>

Pero debemos afirmar que aunque el riesgo a las tropas es un elemento estratégico de trascendencia, del mismo modo es de importancia indicar la legalidad del siguiente argumento: el riesgo de los soldados es un factor legítimo a considerar pero mientras se tome en cuenta la balanza entre la ventaja militar y el daño civil incidental.

---

<sup>472</sup> The Legality or Threat of Use of Nuclear Weapons (supra nota 368).

<sup>473</sup> Hampson, 'Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf' (supra nota 361) 89-94.

Ejemplifiquemos. Fenrick, indica que la OTAN realmente no sufrió bajas militares durante la Operación Fuerza Aliada en la Antigua Yugoslavia.<sup>474</sup> Esto parece sugerir que la OTAN confirió mayor valor la vida de soldados que la vida de civiles al balancear la ventaja militar con el daño colateral. Si esta sugerencia es correcta, entonces, la legalidad del asunto es cuestionable.

### 3.5.3.2 La Proporcionalidad en *Stricto Senso*

Ya hemos expresado que la Corte estudió el principio de proporcionalidad con base en el requisito de limitar el daño civil incidental de inocentes, resultado de los asesinatos selectivos. Dentro del contexto de la implementación de la norma de la proporcionalidad en *stricto senso*, la Corte indicó lo siguiente: “cuando el daño a civiles inocentes no es proporcional al beneficio del ejército atacante, el ataque es desproporcionado y prohibido. Este aspecto de la proporcionalidad no es requerido en relación al daño causado para un combatiente, o a un civil que toma parte directa en las hostilidades durante el tiempo en que se causa el daño. En efecto, un civil que toma parte directa en las hostilidades está poniendo en peligro su vida, y puede -tal como un combatiente- ser el objetivo de un ataque fatal. Ese asesinato es permitido. Sin embargo, esa proporcionalidad es requerida en cualquier caso en el que un civil inocente sea herido. Entonces, los requisitos de la proporcionalidad *stricto senso* deben ser cumplidos en el caso en que el daño al terrorista lleva consigo daño colateral causado a civiles inocentes cercanos. La regla de la proporcionalidad se implementa en relación al daño causado a esos civiles inocentes (ver 51(5)(b) del Primer Protocolo). La regla es que combatientes y terroristas no han de ser dañados si el daño estimado a ser causado a civiles inocentes cercanos no es proporcional a la ventaja militar

---

<sup>474</sup> Fenrick, ‘Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia’ (supra nota 407) 501.



de dañar a los combatientes y terroristas...Realizar ese balance es difícil. Aquí también, uno debe proceder caso a caso, estrechando el área de desacuerdo. Tomemos el caso usual de un combatiente, o de un francotirador terrorista disparando a soldados o civiles desde su porche. Dispararle es proporcional incluso si como resultado, un vecino civil inocente, o un peatón, es dañado. No es este el caso si el edificio es bombardeado desde el aire y muchos de sus residentes y peatones son heridos...Los casos difíciles son aquellos que se encuentran en el espacio entre los ejemplos extremos. Ahí, se requiere un examen meticuloso de cada caso; se requiere que la ventaja militar sea directa y previsible”.<sup>475</sup>

A partir de esta interpretación de la norma de la proporcionalidad *stricto sensu*, y en estricta interrelación a los casos difíciles, la Corte, de manera subrepticia, no aclara la cuestión, en consecuencia, dejándonos circularmente en un plano de consideraciones impregnado de ambigüedades y subjetividad. En efecto, la ventaja militar deseada debe ser directa y previsible. Igualmente aceptamos que la balanza de la proporcionalidad contiene por un lado, la responsabilidad del Estado de Israel de proteger la vida de sus soldados y, por otro, su deber de escudar la vida de civiles inocentes frente a ataques ejecutados contra grupos terroristas. Pero, reiteramos, el discurso contemporáneo del derecho internacional referente a la norma, se maneja dentro de una atmósfera caracterizada por falta de consenso en lo referente a asuntos de interpretación e implementación. Y es que, a como hemos constatado, uno de los retos es como asignar el valor a cada una de las variables que componen la norma de la proporcionalidad, en particular cuando examinamos el valor de vidas humanas de todas las partes involucradas en el conflicto. ¿Qué cantidad de daño debemos aceptar como daño colateral? Además, no debemos olvidar lo ya expresado, la naturaleza prospectiva de la norma, que involucra especulación frente a posibles eventos

---

<sup>475</sup> Ibid 37.

futuros. Si bien es cierto la Corte ha reiterado la formulación de la norma contenida en los instrumentos jurídicos humanitarios internacionales, de manera específica no nos ha aclarado como implementarla a un conjunto particular de circunstancias.<sup>476</sup> En este sentido, a pesar de la trascendencia del fallo, la Corte no nos provee con lineamientos precisos derivados de la naturaleza del principio consuetudinario de la proporcionalidad, de manera que sean implementados claramente a conflictos armados en general, y en particular a métodos de ataques asimétricos, como los asesinatos selectivos. Tal vez, la inhabilidad de la Corte para construir un concepto más preciso radica en la naturaleza misma de la norma. Las tautologías de la Corte confirman, a nuestro juicio, que la norma es un estándar jurídico abierto, cuyo diseño se presta para acomodar a un gran número, y no a uno específico y particular de circunstancias, en un teatro estratégico heterogéneo, a como efectivamente nos indica el TICAY.

Dentro del contexto de estas consideraciones referentes a la norma de la proporcionalidad, observamos por qué los adversarios en una guerra asimétrica, en especial el más débil, usan y mejoran sus métodos para deliberadamente inducir daños colaterales, frente a la impotencia de una norma, en gran medida, inoperante en términos prácticos. Entonces, a manera de conclusión, reiteramos la pregunta antes formulada ¿quiere decir todo esto que la proporcionalidad es una norma humanitaria en desuso? A pesar de que la guerra asimétrica consiste en alterar la ecuación de la proporcionalidad al causar daños desproporcionados, socavar la estructura arquitectónica de seguridad internacional, y con ello los pilares angulares sobre los que se levanta el edificio normativo del DIH, nuestra respuesta a este cuestionamiento es negativa.

---

<sup>476</sup> ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia (supra nota 291).

Es obvio que la naturaleza jurídica indeterminada de la norma, en particular, y, para muchos, de todo el sistema normativo del DIH, ha motivado críticas negativas extremas, tanto que, por ejemplo, Normand y af Jochnick sostienen que el DIH legitima y motiva a los contendientes a cometer atrocidades.<sup>477</sup> Así, por ejemplo, defienden estos investigadores, la retórica legal de cumplimiento con el DIH por la Coalición durante la Guerra del Golfo Pérsico fue usada para enmascarar la destrucción causada y justificarla bajo la sombrilla de la necesidad militar.<sup>478</sup> Aún más, sostienen ellos, los ataques al sector petrolero e instalaciones eléctricas no confirieron ventaja militar alguna a la Coalición sino que, en contraste, fueron ejecutados por razones económicamente punitivas.<sup>479</sup> Pareciera ser que, en opinión de estos académicos, la Coalición actuó de mala fe.

Gardam, en su crítica hecha a la implementación de la prueba de la proporcionalidad, y a los ataques de la Coalición a infraestructura iraquí, durante la Guerra del Golfo Pérsico, afirma que “more destruction was perhaps regarded as legitimate in that conflict than may have been otherwise the case, in light of the clear-cut nature of Iraq’s aggression and the collective nature of the response”.<sup>480</sup> De acuerdo con Gardam, la implementación de principio de proporcionalidad estuvo impregnada de subjetividad, tanto que, la implementación de la misma no tuvo sentido, o careció de una función real. Además, sugiere esta investigadora, la interpretación de las obligaciones legales concernientes a la prevención de daños colaterales y, de la noción de la proporcionalidad, por parte de los aliados, les conllevó a prohibir dos tipos de ataques: primero, proscripción de ataques

---

<sup>477</sup> Roger Normand & Chris af Jochnick, ‘The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War’, (1994) (35) Harvard International Law Journal, 387, 387. En efecto, estos investigadores sostienen que durante la Guerra del Golfo Pérsico, los Aliados utilizaron la retórica legal del DIH para legitimar y esconder la tremenda destrucción creada por los mismos, fundamentados sobre la noción de la necesidad militar; *ibid* 64.

<sup>478</sup> *Ibid.*

<sup>479</sup> *Ibid.*

<sup>480</sup> Gardam, ‘Proportionality and Force in International Law’ (*supra* nota 322) 410.

intencionados contra la población civil; segundo, prohibición de ataques que involucraban comportamiento negligente y que se podrían interpretar como un ataque directo contra la población civil. El problema fue la elasticidad de estas nociones que permitió legitimar más daño colateral de lo necesario.<sup>481</sup>

Las críticas hechas por estos investigadores no solo son severas sino que a nuestro juicio, son difíciles de sostener. Existe evidencia para pensar que, a pesar de la subjetividad de la norma, la proporcionalidad durante la Guerra del Golfo Pérsico jugó un papel importante, ciertamente al menos en un 25 por ciento de las operaciones aéreas sin ejecución de la Coalición.<sup>482</sup> Un ejemplo iluminativo de los esfuerzos por cumplir con el principio de proporcionalidad durante esa guerra corresponde a los ataques contra las facilidades de armas químicas iraquíes.<sup>483</sup> Antes de ejecutar ataques contra las facilidades químicas, sospechadas de contener ántrax, laboratorios químicos fueron consultados sobre la cuestión de cómo limitar la liberación de esporas después de una operación.<sup>484</sup> Basados en las recomendaciones de los laboratorios de análisis y, en consulta con Dick Cheney, el entonces Secretario de Defensa estadounidense, las facilidades fueron atacadas con amuniciones de penetración, seguidas por incendios, puesto que el ántrax es susceptible al alto calor.<sup>485</sup> También, para asegurarse más allá que las esporas fueran propagadas, las áreas colindantes al blanco fueron minadas para evitar que bomberos extinguieran el fuego. Finalmente, y debido al consenso de la comunidad científica de que el ántrax es vulnerable cuando expuesto a la luz solar, los ataques fueron conducidos durante el amanecer, de

---

<sup>481</sup> Ibid.

<sup>482</sup> Michael W. Lewis, 'The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War, (2003) (97) American Journal of International Law 881, 501 <<http://www.asil.org/ajil/lewis.pdf>> accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>483</sup> Ibid 490.

<sup>484</sup> Ibid.

<sup>485</sup> Ibid.

manera que las esporas que pudieran escapar fueran expuestas a la luz solar.<sup>486</sup> Este ejemplo nos sirve para demostrar que hubo esfuerzos conscientemente calculados para evitar que el ántrax se extendiera a áreas civiles adyacentes al blanco. En consecuencia, el principio de proporcionalidad, contrario a lo defendido por Normand y af Jochnick, o a la conclusión inferida por Gardam, no fue una norma ignorada, totalmente en desuso, o, de alguna forma, asimilada dentro del principio de distinción.

Otros conflictos recientes, demuestran que el principio de proporcionalidad no es ignorado del todo, o implementado, sin hacer referencia a la legitimidad del conflicto. En la campaña militar de Kosovo, Montgomery indica que la OTAN condujo cuatro tipos de análisis con relación al ataque de blancos legítimos de ataques, con el objeto de examinar la pérdida potencial de vidas civiles. Estos análisis abarcaron un examen sobre los efectos de las explosiones de ciertas armas empleadas en el conflicto, la localización de las concentraciones de población civil, información sobre la precisión de las armas empleadas, detección de posibles errores, simulación computarizada sobre predicción de los efectos de los ataques; dándose, con todo ello, efecto al principio de proporcionalidad.<sup>487</sup> Este mismo proceso fue exigido por las fuerzas de la Coalición durante la operación Enduring Freedom de 2001, con el fin de asegurarse que los ataques cumplieran con la norma de la proporcionalidad.<sup>488</sup>

Obsérvese que la norma no está absolutamente en desuso, a pesar de que aún está por aclararse un grado aceptable entre los daños colaterales a la población civil y la acción

---

<sup>486</sup> Ibid.

<sup>487</sup> Tony Montgomery, 'Legal Perspective from the EUCOM Targeting Cell' (Naval War College 2002) cited in Andru Wall, 'Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign' (2002) 78 International Law Studies 1,194. Obsérvese que muchos académicos disienten de esta perspectiva, véase, por ejemplo, Miodrad Starčević 'The Violations of the Principle of Proportionality in Applying Force in NATO Air Raids on Yugoslavia' (2000) 1(4) Law and Politics 541, 541-549 <<http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2000/lap2000-13.pdf>> accedido el 6 de mayo de 2012.

<sup>488</sup> Rebecca Grant, 'In Search of Lawful Targets' (2003) 86(2) Air Force Magazine 1, 44.

militar. Si bien es cierto que existen dificultades conceptuales implícitas en la norma de la proporcionalidad, así como dificultades de comprensión y predicción de los factores causales interactuantes que determinan la ventaja militar adquirida en el campo de batalla, con relación a los daños colaterales, esto no quiere decir que la norma esté en completo desuso. La protección a la población civil es un objetivo explícito normativo que encuentra expresión en el principio de proporcionalidad. Aún más, si cuando confrontados con el hecho de que hacer justicia al principio de humanidad y de necesidad militar no podemos satisfacer completamente a ambos principios, o cuya reconciliación sea una imposibilidad, pues tal carencia de justiciabilidad impone, como necesidad imperativa, defender la existencia un norma humanitaria que mitigue, aunque de forma insatisfactoria, los daños colaterales causados durante un conflicto armado, que no tener una norma del todo. El principio de proporcionalidad es una necesidad imperativa en las realidades estratégicas de los conflictos armados actuales.

En principio de proporcionalidad no es una especie normativa en peligro de extinción, a pesar de sus debilidades inherentes. Es este sentido deberíamos cuestionarnos si, las debilidades inherentes de la norma son inalterables, y que por tanto, de manera resignada, debemos aceptar que la norma carece de justiciabilidad<sup>489</sup> y vigencia o, buscar maneras de reforzarla, aceptando concomitantemente las proscripciones normativas del DIH, con el objeto de limitar “the flood of escalating violence [which] creates legal dams [and] try to channel all the potential forms of warfare into the bed of restricted, but legitimate means and methods of warfare. On a normative level...raising the question means answering it in the positive. The traditional rules on means and methods of warfare are maybe in danger of

---

<sup>489</sup> No se han presentado casos, hasta ahora, que involucren la proporcionalidad en la determinación de una acción ilegal ante le Corte Penal Internacional.

being eroded as a result of [asymmetric warfare], but this does not mean that we should give them up -just to the contrary, we need them all the more desperately”.<sup>490</sup> La crisis de incumplimiento del DIH en general, por los actores asimétricos que se enfrentan en el teatro de la guerra, y a la explotación norma de la proporcionalidad con relación a daños colaterales excesivos en particular, demanda la necesidad de sus normas.

---

<sup>490</sup> Stefan Oeter, ‘Comment: Is the Principle of Distinction Outdated?’ in W. Heintschel von Heinegg & Volker Epping (Editors), *International Humanitarian Law Facing New Challenges, Symposium in Honour of Knut Ipse* (Springer 2006) 55.

## CAPITULO IV

### Guerra Asimétrica y Proporcionalidad: Explotando el Daño Colateral

#### 4.1 Generalidades

La guerra asimétrica, de acuerdo con lo constatado en el capítulo dos de esta investigación, requiere que la población civil esté estratégicamente atada al conflicto armado. En esta diada de guerra asimétrica y población civil, el actor bélico más débil, por definición, posee un déficit de poder militar y tecnológico que, para superar, recurre a manipulaciones del principio de proporcionalidad y a violaciones del principio de distinción. En otras palabras, el desbalance de poder es derribado cuando el más débil se esconde entre la población civil, deliberadamente poniéndola a riesgo, e incitando al más fuerte a atacarla, con la intención de que reduzca la barrera de protección impuesta por la proporcionalidad y que, por tanto, cause daños desproporcionados, con el fin de beneficiarse del valor de la propaganda expuesta en los medios de comunicación.<sup>491</sup> En este sentido, la población civil es vista más no solo como escudos humanos, sino que como elemento de apoyo para toda la red de actores no estatales involucrados en el conflicto. En este escenario, la ‘necesidad militar’ del más fuerte involucra el ataque a civiles primero, accidentalmente, producto del hecho de que civiles se encuentren cerca del blanco atacado y, segundo, usando a civiles como blanco o, cuando esos civiles participan directamente en las actividades, para muchos tácticas de terror, y de acuerdo con lo expresado en consideraciones anteriores.

Como podemos observar, el actor asimétrico más débil se defiende al forzar al más fuerte a matar a miembros de la población civil, comprometiendo el principio de distinción y de

---

<sup>491</sup> Oliver O'Donovan, *The Just War Revisited* (Cambridge University Press 2003) 64.



proporcionalidad. Esencialmente, si en la guerra asimétrica el número de las muertes civiles es muy alto, entonces aquí, nos encontramos con dos cuestiones de trascendencia. Primero, el actor estatal confronta cargos de daños desproporcionados y, segundo, el más débil, enfrenta acusaciones de terrorismo. A como reiteramos, debido a que el contrincante más fuerte se enfrenta a un enemigo difuso entre la población civil, y el más débil confronta a un actor tecnológicamente superior, y cuyos blancos militares son con frecuencia muy bien protegidos y difíciles de alcanzar, pues, no queda otra alternativa más que atacar a los objetivos ‘suaves’, o no militares, más vulnerables. En este sentido, es difícil para las partes involucradas en la guerra liberar una confrontación sin involucrar a la población civil.

De manera paradójica, el derecho internacional general endorsa el principio básico de que los Estados están bajo obligación de proteger a sus ciudadanos frente a adversarios asimétricos. Ciertamente en el párrafo f del Preámbulo de la Líneas Directrices sobre los Derechos Humanos y Lucha contra el Terrorismo se ‘[re]afirma el deber imperativo de los Estados de proteger a la población civil contra posibles actos terroristas’.<sup>492</sup> Además, a como hemos analizado, el DIH trata de proteger a los no combatientes al máximo posible, con sus principios humanitarios de distinción y proporcionalidad. Sin embargo, aún está por determinarse de que manera esta obligación positiva de los Estados se correlaciona con el principio de proporcionalidad en el contexto del DIH y, especialmente, con la proyección de la norma durante la guerra asimétrica. Además, dentro del contexto del ámbito de protección conferido por el DIH para los no combatientes, es obvio que una

---

<sup>492</sup> Líneas Directrices sobre los Derechos Humanos y Lucha contra el Terrorismos (Comité de Ministros) (11 de julio de 2002)7 <[http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/h-inf\(2002\)8esp.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/h-inf(2002)8esp.pdf)> accedido el 7 de mayo de 2012.

interpretación muy restringida de las nociones de terrorismo y de proporcionalidad, unido esto a la naturaleza jurídicamente indeterminada de esta última norma, podría, o restringir la capacidades de las partes involucradas en un conflicto para perseguir sus fines políticos a través del uso de la fuerza, o empeorar las asimetrías entre ambos contendores.

En consecuencia, para moverse entre los límites establecidos por las normas humanitarias de protección a la población civil construidas por el DIH y, permitir a cada uno de los contendores la posibilidad de combatir, debemos analizar los factores que generan la crisis de incumplimiento con el DIH, en general, y del principio de proporcionalidad en particular, así con relación a las asimetrías de los conflictos bélicos. Mientras que teóricamente reconocemos que el daño intencional y el daño incidental, en otras palabras, ataques deliberados contra la población civil y daño colateral a la población civil, son dos categorías normativas diferentes, también debemos sugerir que militarmente ambas categorías son características distintivas de la guerra asimétrica. Ahora bien, lo peculiar de esta consideración que someteremos a juicio es que, aunque el daño intencional corresponde al terrorismo, los actores estatales y sus ejércitos regulares también podrían abandonar el compromiso positivo de implementar el principio de proporcionalidad y, por tanto, de matar a más civiles de lo que es militarmente necesario. La perspectiva intelectual que asumimos es que la guerra asimétrica expande las fronteras de los blancos civiles permisibles, en contraposición a los principios humanitarios del DIH incurriendo, así, el más débil en actos de terrorismo y, el más fuerte, en operaciones militares desproporcionadas. Es claro que los oponentes causan, a nuestro juicio, daños intencionados y explotan daños colaterales a la población civil sin con ello obtienen la ventaja militar, y desacreditan las operaciones militares. Obsérvese que el elemento

subyacente a esta premisa es la noción de intencionalidad en ambas partes. En efecto, ambas partes enfrentan el mismo problema: por un lado tenemos a un ejército regular que carece de blancos militares legítimos y que, con toda su superioridad tecnológica militar, no puede detectar y bombardear a un enemigo escondido entre la población civil y, por otro, nos encontramos con un enemigo débil incapacitado de alcanzar y bombardear a los blancos militares del más fuerte. En este dilema de seguridad la cuestión es la misma para ambas partes: uno sin objetivos militares que atacar y, el otro, sin objetivos militares que alcanzar. Para prevalecer en el teatro de la guerra, este dilema de seguridad desemboca en un objeto de ataque: la población civil. Así, durante una guerra asimétrica las consideraciones de índole humanitaria dejan de prevalecer sobre la necesidad de atacar desproporcionadamente al opositor o, de usar a la población civil para escudarse y motivar esos ataques.

Las anteriores cuestiones nos llevan a reflexionar en este capítulo, entonces, sobre los factores que motivan las infracciones al DIH en general y a las manipulaciones del principio de proporcionalidad como medio de explotación del daño colateral, a la población civil. Sin este análisis no podríamos comprender el hecho de que la guerra asimétrica es diseñada, y ejecutada, con el fin de motivar dilemas con relación al cumplimiento del DIH.

## 4.2 Manipulando la Norma de la Proporcionalidad: Los Escudos Humanos como Explotación del Daño Colateral

### 4.2.1 Justificación de los Escudos Humanos

Para poder comprender las patologías inherentes en los principios humanitarios que componen el DIH, y las consecuencias jurídicas que la guerra asimétrica trae para ese cuerpo normativo, empezamos por someter a juicio el argumento, de alguna forma ya sostenido: los adversarios explotan las disposiciones normativas del DIH, primero, violando el principio de distinción y, segundo, infringiendo el principio de proporcionalidad. La antijuricidad en el cumplimiento con esas disposiciones humanitarias ocurre cuando el principio fundamental de protección a la población civil, en un conflicto armado, es anulado debido a que civiles y adversarios enganchados en las hostilidades justifican su participación, recurriendo a la idea de alcanzar la ventaja militar de acuerdo con lo regulado por el Artículo 52(2) del PAI.<sup>493</sup> El oponente más fuerte explota las disposiciones normativas del DIH, que protegen a la población civil, al acusar a su oponente más débil de violaciones a ese cuerpo normativo, siendo ciertamente este el caso en la última guerra entre Israel y Hamás, donde Israel acusa a Hamás de esconder infraestructura terrorista en la franja de Gaza.<sup>494</sup> Se dice que terroristas palestinos sitúan

---

<sup>493</sup> PAI, Art. 52(2) establece que “no serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”.

<sup>494</sup> Véase A. Becker, ‘Gaza: Where Civilians Become Targets. Israel accuses Hamas of hiding ‘terrorist infrastructure’ among civilians, but does that justify the slaughter of innocent Gazans?’ *The Guardian*, London, 28 December 2008  
<<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2008/dec/28/israelandthepalestinians-middleeast>> accedido el 6 de mayo de 2003.

explosivos en casas de civiles palestinos<sup>495</sup> y en infraestructura civil como escuelas.<sup>496</sup> De hecho en el conflicto suscitado entre diciembre de 2008 y enero de 2009, en el que murieron más de 1300 civiles palestinos,<sup>497</sup> Israel afirma con relación a esas muertes que, “If someone has to be blamed it is Hamas, because when Hamas hides explosives, missiles, and an arsenal of weapons inside a very high density area, what do you expect us to do?”<sup>498</sup> En consecuencia, alega Israel, el objetivo de la campaña militar “was [against] the Hamas terror organisation and not citizens of the Gaza Strip”. Hamás, por otro lado, “dismisses the rocket attacks for ‘the low death’<sup>499</sup> toll result if compared with the numbers killed by Israel's forces. The Hamas rockets carry only a fraction of Israel's killing power”.<sup>500</sup> De manera contraria, soldados israelíes han sido acusados de usar “Palestinian civilians as human shields. This practice was most common during IDF operations in Palestinian population centers...The method is the same each time: soldiers pick a civilian at random and force him to protect them by doing dangerous tasks that put his life at risk. For example, soldiers have ordered Palestinians to: enter buildings to check if they are booby,

---

<sup>495</sup> Véase, Intelligence and Terrorism Information Center at the Israeli Intelligence Heritage & Commemoration Center: ‘Civilians as Human Shields: Additional Evidence from Various Sources Demonstrating the Use Made by Hamas of Civilian Houses for Military Purposes during Operation Cast Lead’, File 5/18 February 2009 <[http://www.terrorisminfo.org.il/malam\\_multimedia/English/eng\\_n/html/hamas\\_e062.htm](http://www.terrorisminfo.org.il/malam_multimedia/English/eng_n/html/hamas_e062.htm)> accedido el 6 de mayo de 2012.

<sup>496</sup> Véase, Intelligence and Terrorism Information Center at the Israeli Intelligence Heritage & Commemoration Center: ‘Israeli Air Force Film Clips and IDF Spokesman Pictures Show Use the Hamas Made of a School for Military Purposes during Operation Cast Lead’, File No. 4/16 February 2009, <[http://www.terrorism-info.org.il/malam\\_multimedia/English/eng\\_n/html/hamas\\_e060.htm](http://www.terrorism-info.org.il/malam_multimedia/English/eng_n/html/hamas_e060.htm)> accedido el 6 de mayo de 2012.

<sup>497</sup> Cifra en disputa por el Ministerio de Salud Palestino, el Centro Palestino de Derechos Humanos, el Centro de Información Israelí de Derechos Humanos, y el ejército de Israel; véase *BBC News*, ‘Israel ‘Understated’ Gaza Deaths”, London, 9 de setiembre de 2009 <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/8245433.stm>> accedido el 4 de mayo de 2012.

<sup>498</sup> Véase el informe de J. Bowen, ‘Gaza: Out of the Ruins’, BBC Panorama, London, 8 February 2009 <[http://news.bbc.co.uk/panorama/hi/front\\_page/newsid\\_7874000/7874939.stm](http://news.bbc.co.uk/panorama/hi/front_page/newsid_7874000/7874939.stm)> accedido el 6 de mayo de 2012.

<sup>499</sup> Estas palabras no están escritas entre comillas en el original.

<sup>500</sup> Bowen, ‘Gaza: Out of the Ruins’ (supra nota 498).

trapped, or to remove the occupants, remove suspicious objects from roads used by the army, stand inside houses where soldiers have set up military positions, so that Palestinians will not fire at the soldiers, walk in front of soldiers to shield them from gunfire, while the soldiers hold a gun behind their backs and sometimes fire over their shoulders. The soldiers in the field are not the ones who initiated this practice; the use of human shields is an integral part of the orders they receive”.<sup>501</sup>

Entonces, inferimos que, el condicionante del principio de proporcionalidad y del principio de necesidad militar es crudamente la explotación de daño colateral, y no la protección a la población civil, sin con ello se obtiene la ventaja militar durante una guerra asimétrica, tesis ya sometida a consideración en el capítulo anterior. En otras palabras, la necesidad militar de los contendores es legitimada mientras que la muerte de civiles es normalizada como daños colaterales. Aún más preocupante no es el hecho de que no pensemos en los civiles como recursos o, como muertes civiles producto de un ataque sino que, en contraste, la noción de daño colateral sea considerada primeramente exculpatoria, puesto que la muerte de civiles es permitida si es consecuencia de la violencia proporcionada y discriminada, o resultado de errores, y no de ataques deliberados<sup>502</sup> y, segundo, degradante cuando el sufrimiento civil se constituye como una pequeña sección del más amplio teatro

---

<sup>501</sup> Véase , The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, ‘Human Shield, Use of Palestinian Civilians as Human Shields in Violation of High Court of Justice Order’ Information Sheet November 2002 <[http://www.btselem.org/download/200211\\_human\\_shield\\_eng.pdf](http://www.btselem.org/download/200211_human_shield_eng.pdf)> accedido el 6 de mayo de 2012.

<sup>502</sup> Quéguiner, ‘Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law’ (supra nota 422) dice lo siguiente “However, it remains legally accepted that, in the harsh reality of war, civilian persons and objects may be incidentally affected by an attack directed at a legitimate military objective. Euphemistically referred to as “collateral casualties” or “collateral damage”, civilians may be victims of mistaken target identification or of unintended but inevitable side effects of an attack on a legitimate target in their vicinity. According to the principle of proportionality, these collateral casualties and damages are lawful under treaty and customary law only if they are not excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated”.

estratégico; después de todo, “the law does not demand that there be no casualties in armed conflict...but [to reduce them] to the maximum extent that the exigencies of armed conflict will allow”.<sup>503</sup>

Con simpatía observamos por qué el principio de proporcionalidad afronta los oprobios analizados en el capítulo previo. Así, Amnistía Internacional cuestionó en el verano de 2006 si, por ejemplo, los ataques de Israel contra infraestructura libanesa fueron el resultado de daños colaterales o deliberados.<sup>504</sup> Es claro que la población civil no puede ser atacada directamente pero puede resultar muerta. Pero, la noción de inmunidad civil es maleable frente a la guerra asimétrica y, frente al intento de la norma de la proporcionalidad por permitir limitadamente el daño colateral (de ahí que algunos expertos defiendan específicamente que el principio de inmunidad civil este fuera de uso debido a la naturaleza cambiante de la guerra).<sup>505</sup> Desde un ángulo puramente normativo podríamos defender que la obligación de prevenir el daño colateral a la población civil, en el derecho internacional consuetudinario, recae sobre el atacante, debido a que el análisis de la proporcionalidad con relación a la población civil del enemigo recae bajo su responsabilidad. Con esto no queremos decir que el atacante tiene la responsabilidad de controlar a la población civil del opositor, a sus movimientos ni, tampoco, detectar con exactitud la localización del blanco, debido a su naturaleza difusa. Es claro que ambas partes involucradas en la confrontación tiene el deber de minimizar los daños causados a la población civil. El más débil tiene responsabilidades porque tiene control substancial de la población que usa para escudarse

---

<sup>503</sup> Rogers, *Law on the Battlefield* (supra nota 292) 108.

<sup>504</sup> Amnesty International, ‘Lebanon: Deliberate Destruction or Collateral Damage? Israeli Attacks on Civilian Infrastructure’, Washington, D.C. Amnesty International, 2006, <<http://www.amnesty.org/en/library/info/MDE18/007/2006>> accedido el 2 de junio de 2012.

<sup>505</sup> Para un análisis detallado de principio de inmunidad civil véase Igor Primoratz, *Civilian Immunity in War* (Oxford University Press 2007)

con el fin de obtener la ventaja militar; además, por conocer mejor a la población donde se esconde está en mejor posición de protegerla. La realidad es que esta situación es contraria a lo que se presenta en la práctica. La muerte de civiles que resulte como consecuencia de las acciones antijurídicas y específicas del atacado es, en consecuencia, responsabilidad de este último, siempre y cuando el principio de proporcionalidad haya sido ejecutado por el atacante para limitar en la medida de lo posible la muerte de civiles.<sup>506</sup> Esta responsabilidad de la parte más débil es explicada porque, nos agrega Hays-Parks, las acciones ilegales del más débil son las que han puesto en peligro a la población civil inocente, al usarla como escudos humanos para detener un ataque legítimo contra un objetivo militar legal.<sup>507</sup>

Recordemos, el uso de escudos humanos infringe al DIH. En concreto, el Artículo 51(7) del PAI establece que “la presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares”.<sup>508</sup> Ahora bien, el mero uso de escudos humanos, como un hecho de derecho, no previene un ataque, al menos que ese ataque viole el principio de proporcionalidad, si al ejecutarse causa daños colaterales excesivos con relación a la ventaja militar concreta y directa del atacante. Entonces, la cuestión es comprender si los escudos humanos, sean éstos

---

<sup>506</sup> Hays Parks, ‘Air War and the Law of War’(supra nota 336).

<sup>507</sup> Ibid.

<sup>508</sup> PAI, Artículo 51(7).



voluntarios o involuntarios, legalmente entran en juego de la ecuación de la proporcionalidad.

## 4.2 Los Escudos Humanos Voluntarios y Proporcionalidad

### 4.2.2.1 Regulación y Proporcionalidad

La antijuridicidad de cualquier práctica bélica que involucre el uso de escudos humanos es evidente en el Artículo 23 de la Tercera Convención de Ginebra,<sup>509</sup> Artículo 28 de la Cuarta Convención de Ginebra, y los Artículos 37(1), 50(3), 51(7)(8) del PAI, así como en el DIH consuetudinario. Para este efecto, no obstante, debemos de aceptar la distinción ya propuesta sobre la noción de EHV y EHI.<sup>510</sup> Los EHV son personas que, por decisión propia, deciden demostrar su oposición a una guerra y se sitúan físicamente entre los

---

<sup>509</sup> Tercera Convención de Ginebra, Art. 23 estipula entre otras asuntos lo siguiente “nunca un prisionero de guerra podrá ser enviado o retenido en regiones donde quede expuesto al fuego de la zona de combate ni podrá utilizarse su presencia para proteger ciertos puntos o lugares contra los efectos de operaciones militares”; Art. 28 de la Cuarta Convención dice que “ninguna persona protegida podrá ser utilizada para proteger, mediante su presencia, ciertos puntos o ciertas regiones contra las operaciones militares”; Art. 37(1) del PAI consagra que “Queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios pérfidos. Constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia los actos siguientes: a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o de rendición; b) simular una incapacitación por heridas o enfermedad; c) simular el estatuto de persona civil, no combatiente; y d) simular que se posee un estatuto de protección, mediante el uso de signos, emblemas o uniformes de las Naciones Unidas o de Estados neutrales o de otros Estados que no sean Partes en el conflicto”; Art. 50(3) del PAI afirma que “la presencia entre población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil” y finalmente el Art. 51(7)(8) regula que “la presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares; (8) “ninguna violación de estas prohibiciones dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el artículo 57”.

<sup>510</sup> Véase por ejemplo Schmitt, ‘Human Shields in International Humanitarian Law’, Law’ (2009) 47 Columbia Journal of Transnational Law <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1600258](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1600258)> accedido el 4 de mayo de 2012.

objetivos militares contra el objeto de disuadir un ataque a esos objetivos.<sup>511</sup> De acuerdo con HRW los EHV, que resulten heridos o muertos producto de un ataque a un objetivo militar válido, deben de sopesarse en la ecuación de la proporcionalidad, debido a que ellos, por no participar directamente en las hostilidades, no han perdido su estatus de civil.<sup>512</sup> Dentro de esta línea de razonamiento, Hass sugiere vehementemente que individuos que participan en las hostilidades retienen su estatus de civil pero pierden su inmunidad civil frente a ataques.<sup>513</sup> Debido a que los EHI no participan directamente en las hostilidades, entonces, “the only relevant question is: do the activities of [voluntary human shields] amount to a direct participation in the hostilities? The answer is simply no”,<sup>514</sup> por tanto, deben de entrar en el cálculo de daños incidentales.

A pesar de la firmeza con que Hass y HRW expresan estos argumentos, los observamos con reconcomio. En efecto, afirmar que individuos que buscan escudar a la población civil inocente, y a objetos civiles, gozan de inmunidad civil es una proposición sin substancia debido a que, en todo caso, civiles inocentes e infraestructura civil por ejemplo, escuelas, iglesias, etc. son objeto de protección. Atacar directamente a la población civil y objetos civiles es una infracción grave contra DIH. Por consiguiente, los EHV son irrelevantes en

---

<sup>511</sup> Quéguiner, ‘Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities’ (2006) 88(865) International Review of the Red Cross 873, 815 <[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_864\\_queguiner.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_864_queguiner.pdf)> accedido el 6 de mayo de 2012.

<sup>512</sup> HRW, ‘International Humanitarian Law Issues in A Potential War in Iraq’ (2003) Human Rights Briefing Paper <<http://www.hrw.org/legacy/backgrounders/arms/iraq0202003.htm>> accedido el 6 de mayo de 2012; HRW argumenta que “civilians acting as human shields, whether voluntary or not, contribute indirectly to the war capability of a state. Their actions do not pose a direct risk to opposing forces. Because they are not directly engaged in hostilities against an adversary, they retain their civilian immunity from attack. They may not be targeted, although a military objective protected by human shields remains open to attack, subject to the attacking party’s obligations under IHL to weigh the potential harm to civilians against the direct and concrete military advantage of any given attack and to refrain from attack if civilian harm would appear excessive”.

<sup>513</sup> Josiane Hass, ‘Voluntary human Shields: Status and Protection under International Humanitarian Law’ in R. Arnold & P-A Hildbrand (Editors), *International Humanitarian Law and the 21st Century Conflicts: Changes and Challenges* (Editions Interuniversitaires Suisses 2005) 191.

<sup>514</sup> Ibid 211. Quéguiner, ‘Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law’ (supra nota 422) concurre en la cuestión.

este contexto. Individuos que protegen blancos duales es un poco más problemático. No obstante, objetivos militarmente duales demandan del análisis estricto de la proporcionalidad. En contraste, aquellos individuos que se posicionan en el campo de batalla para escudar a blancos militares legales, pierden su inmunidad y se convierten en objetivos militares. Esta cuestión encuentra su explicación en el hecho de que los EHV proveen ayuda para las fuerzas que apoyan y, la consecuencia natural de sus actos de bloquear blancos militares sería, con éxito, motivo de ventaja para los intereses del enemigo. En otras palabras, debido al hecho de que con su presencia física los EHV protegen blancos militares, la posibilidad de sobrevivencia de los objetivos militares que deben ser atacados por el enemigo, aumenta. En consecuencia, al escudar blancos militares legales crean, *de facto*, defensa contra un ataque que, en la época actual donde la muerte de civiles se constituye como noticias globales inmediatas transmitidas por los medios de comunicación, es un instrumento mucho más efectivo que la acción de las fuerzas armadas. Pero, los EHV, al crear *de facto* defensa contra blancos legítimos, participan directamente en las actividades, situación que conlleva a la pérdida de inmunidad frente a ataques. Fenrick afirma que el hecho de que participen directamente en las actividades los califica como objetivos militares, cuestión que debería considerarse como beligerancia, por tanto, parte de las fuerzas de oposición.<sup>515</sup> Vemos con simpatía esta sugerencia. No obstante, no compartimos esta posición. Si aceptamos que los escudos humanos son beligerantes y, por tanto, parte de las fuerzas armadas de la parte que apoyan, es considerar que estos actores, por implicación, poseen el estatus jurídico del combatiente y en consecuencia se benefician del correspondiente derecho de ser tratados como prisioneros de guerra. A como veremos

---

<sup>515</sup> Fenrick, 'The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities' (2007) 5(2) Journal of International Criminal Justice 332, 232-238.

más adelante, los EHV no son combatientes *de jure*, ni poseen las características de la beligerancia, aún cuando den ventaja militar a uno de las partes involucradas en el conflicto. También, el argumento de HRW carece de base legal. Aseverar que los EHV no participan directamente en las actividades porque sus acciones no poseen un riesgo para las fuerzas opositoras, o porque no participan directamente en las actividades, a como afirma HRW,<sup>516</sup> es ignorar el hecho de que los EHV, reiteramos, deliberadamente preservan objetivos militares válidos para el uso y beneficio del enemigo. En este respecto, los EHV, “are not different from point air defences, which deserve to protect the target rather than destroy inbound aircraft. Voluntary shielding is unquestionably direct participation”.<sup>517</sup>

Esta posición encuentra apoyo, a nuestro juicio, en los comentarios de los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra. Los comentarios claramente sugieren lo ya indicado en el capítulo anterior: participación directa es un acto hostil cometido en el contexto de un conflicto armado, intencionado para causar daños a las fuerzas enemigas, o dar ventaja militar al bando que apoyan. El acto hostil implica no solo acarrear armas sino también a acciones que involucren armamento alguno, como el mero posicionamiento físico en el área de los blancos escudados. Una vez que los EHV han cruzado la línea divisoria entre civiles inocentes y los que tienen el derecho legal de participar en actos de guerra, pierden su inmunidad frente a ataques. Ahora bien, infracciones a normativas humanitarias no implica que los individuos pierdan su estatus bajo el DIH. No obstante, esas infracciones afectan la naturaleza de los derechos y protecciones a las que los individuos se deben de amparar.

---

<sup>516</sup> Véase HRW, ‘International Humanitarian Law Issues in a Potential War in Iraq’ (supra nota 512).

<sup>517</sup> Schmitt, ‘Humanitarian Law and Direct Participation in the Hostilities by Private Contractors or Civilian Employers’ (2005) (5) Chicago Journal of International Law 511, 541  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1610014](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1610014)> accedido el 4 de mayo de 2012.

Con esto queremos decir que, los EHV deban ser directamente atacados porque tienen importancia militar. El objetivo debería ser atacar el blanco militar que escudan. No obstante, si participan directamente en las hostilidades como *de facto* combatientes, entonces heridas y muertes de los mismos no entran en el cálculo del daño colateral que demanda la proporcionalidad en cumplimiento del derecho internacional. En otras palabras, si los EHV se constituyen como objetivos militares en virtud de su, *de facto*, apoyo a una de las partes, y sin protección legal, entonces, “it would be inconsistent to suggest their wounding or death constitutes incidental injury. Think of the alternative. If harm to voluntary shields constituted incidental injury, a sufficient number of shields could, pursuant to the rule of proportionality, provide military objectives an absolute defence *as a matter of law*. This is the point missed by those who argue, in an elevation of form over substance, that voluntary shields are not direct participants because they are not employing force to protect the shielded target. Many taking this position are equally uncomfortable with the notion of voluntary shields as military objectives. The concerns are overstated. Why would an attacker choose to strike the shields rather than the target itself? Of course, there are plausible scenarios, such as attempting to scare away a group of shields by shooting one of them (an arguably humanitarian result), but the economy of force principle of war usually augurs against targeting the shields themselves”.<sup>518</sup>

En contraste, si las reglas fueran otras, el actor más débil no solo obtendría la ventaja militar explotando a la población civil inocente sino que, además, tendrían la ventaja que los EHV les proporcionan, reforzándolos y legitimando su posición estratégica en el campo de batalla, poniendo en peligro la estructura del edificio normativo del DIH.<sup>519</sup> Ahora bien,

---

<sup>518</sup> Schmitt, ‘Fault Lines in the Law of Attack’ (supra nota 288) 299.

<sup>519</sup> Ibid 163.

con esta idea sugerida no queremos decir que el atacante deba ser liberado de su deber legal de implementar el principio de proporcionalidad para minimizar el daño colateral, cuando enfrentado contra un blanco escudado. Lo que queremos enfatizar es que el atacante no asume responsabilidad por los actos ilegales del que se defiende, de otra manera “Were an attacker to do so, his erroneous assumption of additional responsibility with regard to protecting the civilians shielding a lawful target would serve as an incentive for a defender to continue to violate the law of war by exposing other innocent civilians to similar risk”.<sup>520</sup> Las anteriores consideraciones son de trascendencia pero dejan por fuera un asunto de interés que, debemos analizar, no solo al menos para satisfacer la curiosidad intelectual que demanda nuestra investigación y que, el principio de proporcionalidad no nos aclara del todo sino que, también, con la intención de aportar algo nuevo, si es posible, a la ciencia del derecho internacional: el estatus legal de los EHV en el DIH.

#### 4.2.2.2 El Estatus de los EHV en el DIH

Para comenzar a analizar la cuestión del estatus legal de los EHV en el DIH, aún por aclararse en ese sistema normativo, debemos primero remitirnos brevemente a las categorías binario-conceptuales de combatientes y no combatientes, analizadas en el capítulo anterior. También diseccionamos la idea de que la condición jurídica distintiva de un civil, es que al civil se le prohíbe participar directamente en las hostilidades. De la misma manera sugerimos que un civil que, aunque participe directamente en las hostilidades, y reúna, *de facto*, algunas de las características constitutivas del combatiente, ese civil aún retiene su estatus de civil pero pierde la protección consagrada en la norma de la inmunidad civil. La conclusión obvia de esa dualidad conceptual es que el DIH solo reconoce dos nociones mutuamente excluyentes, que funcionan como concentro sobre las

---

<sup>520</sup> Ibid 181-182.

que gira el entretejido normativo del DIH: combatientes y no combatientes,<sup>521</sup> dejando fuera de este ámbito a una posible tercera categoría, la de combatiente ilegal.<sup>522</sup> Alrededor de estas proposiciones sugerimos que participación directa en las hostilidades implica, primero, actos de violencia ejecutados dentro del contexto de un ataque armado con el fin de causar daños en el enemigo; segundo, el acto hostil debe constituirse como una amenaza inmediata y directa para el opositor.<sup>523</sup> A la luz de este contexto-teórico explicativo, debemos cuestionarnos una pregunta válida y cuya respuesta es un reto para el DIH: ¿cuál es el estatus de los EHV bajo ese régimen legal?

Para intentar dar luz a la respuesta que demanda la pregunta, comencemos por sugerir lo siguiente: las normas de protección a civiles inocentes, por ejemplo, rehenes usados como arma para proteger blancos militares, están muy bien consagradas como prohibiciones en el derecho internacional. La sanción de explotar civiles, no solo es una prohibición legal, sino que también es una prohibición moral.<sup>524</sup> Sin embargo, esta sanción moral, fundamentada en el rechazo de obligar a civiles que actúen como escudos humanos para detener ataques, o para motivar ataques desproporcionados, es únicamente válida cuando es construida con referencia a EHI. Así, si la población civil inocente es usada involuntariamente como rehén, para inmunizar a un objetivo militar válido contra un ataque, en contraposición los EHV a

---

<sup>521</sup> Véase el capítulo 3 de esta tesis, página 177.

<sup>522</sup> Sandoz, *et. al.*, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (supra nota 41), en su comentario 1677 al Art. 43 hace una observación de trascendencia, concerniente a esta dualidad: “All members of the armed forces are combatants, and only members of the armed forces are combatants. This should therefore dispense with the concept of “quasi-combatants”, which has sometimes been used on the basis of activities related more or less directly with the war effort. Similarly, any concept of a part-time status, a semi-civilian, semi-military status, a soldier by night and peaceful citizen by day, also disappears. A civilian who is incorporated in an armed organization ... becomes a member of the military and a combatant throughout the duration of the hostilities ... whether or not he is in combat, or for the time being armed”.

<sup>523</sup> Ibid para, 1679.

<sup>524</sup> Emanuel Gross, ‘Use of Civilians as Human Shields: What Legal and Moral Restrictions Pertain to a War Waged by a Democratic State against Terrorism’ (2002) 16 Emory International Law Review 445, 445.

lo mejor, y con razón, no son civiles en *stricto sensu*. ¿Qué queremos sugerir con este argumento?

Pues bien, “every person who falls into enemy hands must have some status under international law”.<sup>525</sup> El estatus del combatiente está estipulado en el Convenio de la Haya y la Tercera Convención de Ginebra con referencia al prisionero de guerra.<sup>526</sup> De la misma manera, el estatus de civil es definido negativamente en el Artículo 50(1) PAI.<sup>527</sup> Ambas nociones solo pueden ser únicamente concebidas en oposición, una respecto a la otra. Ahora bien, vale preguntarse dentro del contexto de esta dicotomía semántica, que no deja por fuera a ningún tipo de persona ¿Dónde encajan los EHV en este entramado? Debido a que los EHV no son normativamente combatientes, manifestado así en los instrumentos legales humanitarios antes referidos, entonces, los EHV deben ser, *de jure*, civiles. Esta exclusión refleja el contenido del Artículo 50 del PAI, referente a la definición de personas civiles y de población civil. También muestra el espíritu del Artículo 4(a)(1)(2) de la Tercera Convención de Ginebra, relativo a los combatientes capturados como prisioneros de guerra. Asimismo, en caso de duda, el Artículo 51(3) del PAI requiere que una persona

---

<sup>525</sup> Stephen R. Sarnoski, ‘The Status under International Law of Civilian Persons Serving With or Accompanying Armed Forces in the Field’ (1994) 29 Army Lawyer 29, 29  
<[http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/07-1994.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/07-1994.pdf)> accedido el 5 de mayo de 2012.

<sup>526</sup> Véase Convenio de la Haya de 1907 Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, Art. 1 (supra notas 411).

<sup>527</sup> Véase capítulo 3, página 223 de esta tesis concerniente a este enfoque negativo sobre la noción de civil consagrada en el PAI, Art. 50. También, es de sumo interés citar, lo que Doménech Omedas indica, con el fin de sustentar lo que queremos aclarar. Doménech Omedas indica que “la población civil se define por el *procedimiento de exclusión*: “Es persona civil quien no es combatiente” (PAI, Art. 50) y por el *procedimiento de integración*: “La población civil comprende a todas las personas civiles” y la presencia entre la población de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil [Art. 50 PAI]. Por lo tanto, *la delimitación exacta de quienes son combatientes* y su plena identificación como tales tendrá una gran trascendencia en la protección de la población civil en particular y en el resto de las categorías de personas protegidas. *A mayor grado de confusión menor grado de protección*; véase Doménech Omedas, ‘Estatuto y Trato de los Combatientes en Caso de Captura’ en P. Valladares (Compilador) *Derecho Internacional Humanitario y Temas de Áreas Vinculadas* (Gabriel Lexis Nexis Abeledo Perrot 2003) <[http://www.cicr.org/spa/assets/files/other/05\\_domenech.pdf](http://www.cicr.org/spa/assets/files/other/05_domenech.pdf)> accedido el 3 de mayo de 2012.



sea tratada como civil. Debido a que por definición, en este enfoque negativo, un civil no es un combatiente y que, en contraste, los EHV protegen objetivos militares, entonces considerar, *de facto*, a los EHV como simplemente civiles es una enfoque que atenta contra la función primaria del DIH, la cual es proteger a inocentes frente a los horrores de la guerra, razón mayor para dudar del estatus legal de esos actores en ese sistema normativo. La condición normativa del estatus de civil es conferir protección a inocentes frente a los conflictos armados pero a no individuos que, amparándose a su estatus de civil, utilicen ese estatus con el fin de proveer ayuda al bando con el que simpatizan, o para detener las operaciones militares de uno de los enemigos, acción que contraviene el Artículo 51(7) del PAI, y que demanda remover a civiles que se encuentren en proximidad a los blancos militares potencialmente dignos de ser atacados. Esta inferencia lógica a la que hemos llegado es sostenida también, aunque no de manera universal, por muchos expertos. Al respecto, Ben Naftali y Michaeli argumentan que “The Palestinian militants fail to meet the qualifying conditions set in the Hague Regulations and in the Geneva Conventions for combatants. Consequently, they are civilians. They are not, however, entitled to the full protection granted to civilians who do not take a direct part in the hostilities”.<sup>528</sup>

Muy bien, hemos determinado que los EHV poseen *de jure* el estatus de civil, porque no son combatientes. Como no son combatientes, no llevan uniformes o insignias que los distingan como tal de aquellos que tienen el derecho de participar en las hostilidades; *a contrari*, se visten como un civil pero con el distintivo de que participan en las hostilidades, conducta que dificulta la implementación de los principios de distinción y de proporcionalidad. Tampoco los EHV están bajo un comando responsable que dirija sus

---

<sup>528</sup> Orna Ben-Neftali & Karen Michaeli, ‘The Public Committee against Torture in Israel vs. The Government of Israel’ (2007) 101(2) American Journal of International Law 459, 460.

decisiones de escudar a blancos militares válidos. Finalmente, EHV no portan armas abiertamente o, del todo, no las acarrean en el contexto de un conflicto armado. En este último factor es precisamente donde radica el meollo de la cuestión bajo el DIH, el cual es determinar el estatus legal internacional de estos actores: no son combatientes, no son civiles en *stricto sensu* y no son combatientes ilegales. Ellos son personas desarmadas que voluntaria y físicamente se sitúan, a como reiteramos, entre soldados y un blanco legítimo para proteger a un objetivo militar válido. Debemos de presumir que, en términos militares la presencia de ellos en un conflicto armado es puramente defensiva, debido a su condición de civil y no portar armas. Pese a la idea anterior, los EHV participan directamente en las hostilidades que, para efectos de la legalidad de un ataque, deben de tener efectos sobre el cálculo de daños incidentales, así requerido por el principio de proporcionalidad. Aún más, el Artículo 43 del PAI, supletorio del Artículo 44, a nuestro juicio, no aclara nada al respecto pero solo apoya la idea del beligerante en un conflicto armado, en el sentido de aportar armas abiertamente.<sup>529</sup>

Tampoco el principio de distinción nos ayuda a distinguir entre civiles ‘normales’ y escudos humanos o, entre EHV y EHI. Vasta que personas se posicionen en el área de un blanco legítimo con la intención de protegerlo, por ejemplo, sin que declaren expresamente ser EHV para después aclamarse como tal. En caso de duda acerca del estatus, esas personas son civiles que, para un comandante razonable, si esos individuos se encuentran localizados en la geografía del objetivo, deben entrar en el cálculo de daños colaterales. Sin embargo, determinar la intención de proteger a un blanco con base en la conducta mostrada,

---

<sup>529</sup> En el derecho internacional de los conflictos armados las categorías de combatientes y beligerantes semánticamente poseen el mismo significado y “are frequently used interchangeably”; véase Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (supra nota 205) 87; también el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española los trata como sinónimos (supra nota 5).

es un asunto muy difícil de discernir en el campo de batalla. La posición que hemos tomado arriesgadamente en esta tesis es de carácter práctico, atendiendo a la noción de participación directa en las hostilidades, y al principio de proporcionalidad; de ahí que aceptemos la idea de M.N. Schmitt, “that voluntary human shields qualify as direct participants...contorts the architecture of international humanitarian law and flies in the face of military logic. An attacker may only strike military objectives, including combatants, and civilians directly participating in the hostilities. Humanitarian law defines “military objectives” as “objects which by their nature, location, purpose, or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage”. A voluntary shield takes affirmative steps to frustrate harm to objects (or persons) that make such a contribution. In doing so, he contributes to military action in a direct causal way; it is difficult to style his behaviour as anything but direct participation”.<sup>530</sup>

Si el principio de distinción tampoco nos ayuda a aclarar el estatus de los EHV en el DIH, no queda otra solución, para muchos, más que conceptualmente denominarlos combatientes ilegales, cuasi-combatientes<sup>531</sup> que, como veremos más adelante, estas nociones tampoco encajan dentro de la categoría binaria establecidas por el DIH. Sin embargo, es necesario de tener un punto de referencia teórico-conceptual con relación a los mismos. Así, por ejemplo Dinstein, defiende que esta categoría dicotómica entre combatiente y civiles debe de preservarse inflexiblemente porque tal dicotomía constituye “the main bulk against methods of barbarism in modern warfare”.<sup>532</sup> Esto debe ser así, defiende Dinstein, porque

---

<sup>530</sup> Schmitt, ‘Human Shields in International Humanitarian Law’ (supra nota 510) 318.

<sup>531</sup> Véase el capítulo 3, página 176 de esta tesis concerniente el concepto de combatiente ilegales o cuasi combatientes.

<sup>532</sup> Dinstein, ‘The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict’ (supra nota 188) 256.

civiles que deliberadamente se entremezclan con combatientes socavan esa dicotomía consagrada en el principio de distinción, en particular reforzando la conducta de uno los combatientes que, de por sí, usa escudos humanos como táctica asimétrica de guerra.<sup>533</sup>

Dentro de este contexto, Dinstein usa la noción de combatiente ilegal, refiriéndose a individuos que participan directamente en las hostilidades, por tanto, a los EHV.<sup>534</sup> Este académico, usa esta noción, a pesar del constructivismo afirmado por el CICR concerniente a la noción de combatiente ilegal. De acuerdo con el CICR, y a nuestro juicio aseveración correcta, tratados de DIH “contain no explicit reference to ‘unlawful combatants.’ This designation is shorthand for persons -civilians- who have directly participated in the hostilities in an international armed conflict without being members of the armed forces as defined by [international humanitarian law] and who have fallen into enemy hands”.<sup>535</sup>

Ahora bien, si los EHV no son combatientes y, por tanto, no adquieren el estatus legal del combatiente,<sup>536</sup> tampoco son combatientes ilegales, en el sentido jurídico y tradicional del término. La noción de combatiente ilegal defendida por Dinstein, tampoco se ajusta de manera adecuada a la idea de la beligerancia implicada en los instrumentos jurídicos humanitarios, por ejemplo, acarrear armas abiertamente en el contexto de un conflicto armado, mostrar intención de emplearlas contra un enemigo, etc. En contraste, los EHV son vulnerables porque están desarmados en el teatro de la confrontación. La Cuarta Convención de Ginebra, Relativa a la Protección de Civiles en Tiempos de Guerra no nos

---

<sup>533</sup> Ibid.

<sup>534</sup> Ibid 130.

<sup>535</sup> ICRC, ‘International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts’(2007) 89(867) International Review of the Red Cross 719, 727

<<http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc867-ihl-challenges.pdf> > accedido el 6 de mayo de 2012.

<sup>536</sup> En palabras de José L. Fernández Flores y de Funes, el estatus de un combatiente en conflictos armados internacionales implica dos consecuencias legales: el derecho de participar legal y legítimamente en las hostilidades y el derecho al estatus de prisionero de guerra; véase Flores y de Funes, *El Derecho de los Conflictos Armados* (Ministerio de Defensa Español 2001) 403, citado en Rodríguez-Villasante y Prieto ‘Terrorists Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ (supra nota 414) 28.

presenta una definición contundente del término civil. Este instrumento se limita solo a describir a “las personas que no participen directamente en las hostilidades”.<sup>537</sup> El Artículo 4(a)(4) de la Tercera Convención de Ginebra abarca a personas que “que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto”.<sup>538</sup> Nótese que la idea de EHV, o combatiente ilegal, es omitida en los instrumentos presumiblemente porque ellos no son parte de las fuerzas armadas. Con relación a este asunto, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su fallo correspondiente al caso *Quirin*, determinó lo siguiente: “By universal agreement and practice the law of war draws a distinction between the armed forces and the peaceful populations of belligerent nations and also between those who are lawful and unlawful combatants. Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military forces. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful. The spy who secretly and without uniform passes the military lines of a belligerent in time of war, seeking to gather military information and communicate it to the enemy, or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of

---

<sup>537</sup> Cuarta Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, Art. 3(1).

<sup>538</sup> Tercer Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra, Art. 4 (a)(4).

life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals...”<sup>539</sup>

A partir de este caso inferimos tres conclusiones. Primero, a pesar de que los acusados trataron de evitar el procesamiento legal, por una comisión militar, argumentando que ellos participaban directamente en las hostilidades y, en consecuencia, con derecho a recibir la condición legal de prisionero de guerra,<sup>540</sup> la Corte rechazó, a nuestro juicio de forma correcta, el razonamiento de los implicados, sustentándose en la noción, de que, un combatiente ilegal es un individuo, por ejemplo un saboteador o espía, que por no jurídicamente sujetarse a las leyes y costumbres de la guerra, esa persona no posee el estatus legal del beligerante. Entonces, tampoco es receptor, bajo captura, de los beneficios garantizados al combatiente. En vocablos directos, un combatiente ilegal es un civil que participa directamente en las hostilidades, al cometer actos de violencia en el contexto de un ataque armado. Bien argumenta Rodríguez-Villasante que “the fundamental consequence which differentiates combatants from civilians who participate directly in hostilities is that the latter may be prosecuted criminally according to internal law, given that they have lost their immunity”.<sup>541</sup> De ahí, el procesamiento jurídico de los acusados en la Corte.

---

<sup>539</sup> En este caso saboteadores alemanes fueron desplazados en 1942 por submarinos a territorio estadounidense. Una vez en territorio estadounidense, los saboteadores se desprendieron de sus uniformes, escondieron explosivos entre la población civil al mismo tiempo que se desplazaron y mezclaron entre la misma para desde ahí atacar; véase el caso la Corte Suprema de los Estados Unidos, Ex parte Quirin; Louis Fisher, ‘Military Tribunals: The Quirin Precedent’ (*Congressional Research Service* 2002) 1, 8-9 <<http://www.fas.org/irp/crs/RL31340.pdf>> accedido el 6 de mayo de 2012.

<sup>540</sup> Ibid.

<sup>541</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Terrorists Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ (supra nota 414) 42.

En segundo lugar, nótese que en este caso los combatientes ilegales, reiteramos, y para usar la terminología de la Corte, no llevaban uniformes. Tampoco los EHV son portadores de esos distintivos. ¿Quiere decir esto que un combatiente ilegal es un EHV o viceversa? La respuesta es simplemente no. En este caso, a pesar de que ambos actores poseen la misma característica distintiva, ellos difieren en dos elementos diferenciadores esenciales: primero, los combatientes ilegales escondieron armas entre la población civil, con la intención de usarlas para atacar al enemigo y, segundo, se mezclaron entre la población para no ser detectados. En otras palabras, el elemento de la beligerancia, asimétrica en este caso, aún permanecía, el cual era dañar al enemigo con violencia armada. En contraste, los EHV no portan armas abiertamente, o no las aportan del todo. Tampoco se esconden entre la población civil inocente. La intención es escudar a blancos militares para detener, retrasar a un ataque y, por qué no, inducir daños colaterales excesivos revirtiendo la norma de la proporcionalidad, con el fin de alterar el resultado de un ataque militar, explotando su condición de civil. Esta manipulación de la arquitectura normativa del DIH es efectiva para alcanzar los fines propuestos y, para lo cual, por supuesto, éstos deben de ser vistos o percibidos abiertamente como civiles. Bajo esta línea de razonamiento, pensamos, los EHV no encajan dentro de la formulación sostenida por la Corte, por tanto, no son combatientes ilegales.

Tampoco son combatientes, dentro de la definición contenida en el régimen legal establecido por el DIH. En este caso debemos de concluir que: los EHV carecen de un estatus jurídico preciso en el DIH. Recordemos que, los combatientes actúan en representación de una entidad investida de personalidad legal internacional, el Estado, actor jurídico autorizado para participar directamente en las actividades armadas. No

obstante, debido que los EHV participan directamente en las hostilidades protegiendo blancos militares, sin ninguna autorización explícita, entonces, esos actores son un dilema con respecto a la determinación de su estatus legal internacional. Nuestra posición es que los EHV caen dentro de un vacío normativo a situarse entre las nociones de combatientes y civiles, situación que debe clarificarse. ¿Quiere decir esto que esos actores constituyen un estatus jurídico híbrido?

Esta pregunta es razonable si observamos que los EHV, en esencia, son *de jure* civiles (porque jurídicamente bajo el DIH no existe una tercera categoría en el teatro de combate), perturban el espíritu genuino del principio de distinción; participan en la guerra protegiendo blancos militares pero no son combatientes, ni combatientes ilegales, porque no portan armas. Estas peculiaridades disienten de los preceptos contenidos en el régimen creado por el PAI porque, a como hemos constatado, en una zona de combate, los actores son combatientes o no combatientes. Frente a este panorama oscuro ¿debe el DIH garantizarles todas las protecciones a las que tienen derecho civiles inocentes, e inclusive expandírselas, por ponerse a riesgo?, o ¿en caso extremo, debemos desprendernos de la norma de la proporcionalidad para desincentivarlos? Con relación a la primera pregunta, el derecho internacional no es muy claro al respecto. La carencia de claridad sobre estatus legal de esos actores oscurece sus protecciones. En todo caso gozan de las garantías mínimas explicadas más adelante. Expandir sus garantías es una posibilidad difícil de contemplarse porque causaría el efecto contrario de estimular su multiplicación, con ello dando ventaja militar al oponente que apoyan. Además, Hass defiende, “nothing requires the protection of [voluntary human shields] to be increased. Indeed, [they] agree to take risks and the law cannot protect them from every danger they freely enter into. In fact, the rules on



discriminate and proportionate attacks rightly take into account both the need to protect [them] and the limits of this protection, due to the military imperative in the conduct of hostilities”.<sup>542</sup> Reducirles sus garantías mínimas para desincentivarlos es también una propuesta de difícil consideración puesto que, en todo caso, ya pierden su inmunidad<sup>543</sup> frente a ataques militares. Atendiendo a la segunda pregunta, si prescindimos del principio de proporcionalidad estaríamos desprendiéndonos de toda legalidad, además de que motivaríamos ataques indiscriminados, los cuales constituyen crimen de guerra, situación que es, en términos absolutos, imposible de concebirse.

Finalmente, y como idea adyacente a las dos anteriores, si los EHV no son ni combatientes, ni combatientes ilegales, tampoco son miembros de un *lavée en masse*.<sup>544</sup> No lo son porque la estructura conceptual de un *lavée en masse* comprende la noción de levantarse en armas contra tropas invasoras.

Como conclusión correlativa a las tres explicaciones anteriores, es justo indicar que estas vicisitudes representan dilemas e incertidumbres que retan la implementación de la ley al respecto. Esta cuestión deja sin protección legal efectiva a los EHV y, sin duda alguna, también socaba las garantías de protección de los combatientes.

---

<sup>542</sup> Hass, ‘Voluntary human Shields: Status and Protection under International Humanitarian Law’ (supra nota 513) 200.

<sup>543</sup> El CICR se manifiesta en contra de la creación de nuevas medidas para desincentivarlos: Al respecto ese organismo dice “it is difficult to see what other measures, apart from: a) loss of immunity from attack, b) internment if warranted by security reason, c) possible forfeiture of certain rights and privileges during internment and d) criminal charges could apply to persons who have directly participated in hostilities without exposing them to the risk of serious violations of their right to life, physical integrity and personal dignity under international humanitarian law, such as attempts to relax the absolute prohibition of torture, and cruel and inhuman treatment”; véase ICRC, ‘International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts’ (30<sup>th</sup> International Conference of the Red Cross a Red Crescent, Geneva, 26-30 November 2007) 8-9 <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/ihl-30-internationalconference-101207.htm>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>544</sup> Véase la estructura conceptual de la noción de *lavée en masse* (supra nota 413).

#### 4.2.2.3 Rellenando el Vacío Normativo

Cabe ahora plantearse qué sugerir para rellenar el vacío legal existente en la maquinaria jurídica del DIH, referente a los EHV. Bien sabemos que este vacío legal debe ser rellenado con una definición detallada, consensualmente aceptada y consagrada en el derecho internacional, sobre el tratamiento debido a los EHV. Por supuesto esto debe incluir deberes y beneficios durante, y después, de un ataque militar. Rodríguez-Villasante y Prieto ha sugerido correctamente la complementariedad existente entre la protección correspondiente a prisioneros de guerra y la conferida para civiles en un conflicto internacional.<sup>545</sup> Este es un buen comienzo para desarrollar el discurso y debate en el DIH. Ahora bien, habría que traducir, y diseccionar, esta sugerencia en el contexto de una guerra asimétrica, para observar si esa complementariedad es funcional de la misma manera en este contexto estratégico asimétrico, tomando en cuenta que civiles, en *stricto sensu*, son difíciles de distinguir, especialmente a como la Corte suprema de Israel afirmó, que los escudos humanos son civiles inocentes, forzados por terroristas a comportarse como tal y que, por tanto, no deben ser vistos como participantes directos en las actividades, a menos que lo hagan voluntariamente.<sup>546</sup>

Pese a lo que hemos sugerido, Rodríguez-Villasante y Prieto argumenta que “there is no category of persons affected by or involved in international armed conflict which is outside any IHL protection, nor there is any “gap” between the Third and Fourth Geneva Conventions into which civilians satisfying the nationality criteria would fall”.<sup>547</sup> La

---

<sup>545</sup> Véase Rodríguez-Villasante y Prieto ‘Terrorists Acts, ‘Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ (supra nota 414).

<sup>546</sup> Véase capítulo anterior en la sección referente al asunto de los asesinatos selectivos.

<sup>547</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Terrorists Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ (supra nota 414) 43.

conclusión de este académico es inferida después de observar que civiles que participan directamente en las hostilidades no solo permanecen bajo la protección del Artículo Común 3 a las Convenciones de Ginebra, y del Artículo 75 del PAI sino que, también, “civilians who have taken a direct part in hostilities and who fulfil the nationality criteria provided for the Fourth Geneva Convention remains protected by virtue of that Convention. Civilians who do not satisfy the criteria of nationality (foreigners) are, in any case...protected by common Article 3 of the Geneva Conventions and Article 75 of the First Additional Protocol”.<sup>548</sup> Además agrega, “in occupied territory, civilians who carry weapons in attacks and distinguish themselves from the civilian population are combatants and have the right to the status of prisoners of war under Article 44 of the First Additional Protocol. Civilians who do not distinguish themselves from the civilian population are not prisoners of war, but if they are captured in combat they receive equivalent protection. Civilians who are not nationals of a Party to the conflict of which they are not subjects and who participate directly in hostilities are protected by the Fourth Geneva Convention”.<sup>549</sup> Pues bien, regresamos de manera circular a nuestro punto analítico de partida: los EHV no son combatientes, tampoco son combatientes ilegales de acuerdo con lo que expresamos anteriormente; no son civiles inocentes, en *stricto sensu*, puesto que sus motivos son alterar el resultado de una operación militar, en otras palabras, ellos tienen objetivos militares, por tanto, van en contra del espíritu del DIH. Además, si los EHV usaran armas entonces no serían EHV sino que combatientes ilegales; en caso de duda los mismos deben considerarse civiles, pero si resulta que participan directamente en las hostilidades, a lo mejor el oponente podría acusarlos de perfidia, por tanto otorgándoles un tipo de estatus

---

<sup>548</sup> Ibid.

<sup>549</sup> Ibid 42.

resemblante a la del combatiente, para no ser acusado de violaciones al principio de proporcionalidad. Notemos que la perfidia es sancionada en el Artículo 37(1)(d) del PAI y constituye crimen de guerra bajo el Artículo 8 del Estatuto de Roma.

También sugerimos que, aún cuando los EHV que se encuentren localizados en blancos duales, como refinerías de petróleo o aeropuertos, su estatus es de la misma manera cuestionable. El hecho de que el blanco sea dual, inmediatamente requiere que al atacarse el principio de proporcionalidad y de necesidad militar sean activados, entonces, no necesariamente detienen a un ataque. Por el contrario, si los EHV deben ser considerados como civiles que no participan directamente en las actividades y, por tanto, son inocentes, el peso de las prohibiciones humanitarias del DIH cambia, a nuestro juicio, por dos motivos. Primero porque el uso de armas y métodos de ataque debe someterse a un grado más estricto concerniente al análisis de la necesidad militar. Segundo, si los escudos fueran considerados como civiles inocentes el peso de las prohibiciones sería mayor. Si se comprobara que un comandante que ordena los ataques lo hace deliberadamente con la intención de atacar a civiles inocentes, y no a instalaciones militares, ese comandante estaría infringiendo gravemente el DIH. El daño colateral civil debe minimizarse al máximo de acuerdo con el análisis de la proporcionalidad y el principio de necesidad militar. Si los EHV fuesen considerados como combatientes ilegales, idea en todo caso absurda, igualmente pierden inmunidad. Los EHV reducen el ámbito de protección conferido por esos principios al otorgar ventajas para uno de los oponentes.

Estamos de acuerdo con Rodríguez-Villasante para los casos que él mismo menciona. No obstante, sin espíritu de animadversión, debemos cuestionarnos a la luz de sus indicaciones lo siguiente: si los EHV son una categoría de personas jurídicamente indeterminada ¿caen

estas personas fuera del ámbito de protección del DIH? Si no están fuera de las protecciones garantizadas, ¿cómo, en términos precisos y claros, debería ejecutarse la implementación de la ley? Estamos de acuerdo que el fin primario del DIH es reducir el sufrimiento humano de civiles, y de los combatientes que han dejado de participar en la guerra, mientras que se mantiene una balanza entre las consideraciones humanitarias y las necesidades militares. Sin embargo los EHV desestabilizan esa balanza, por tanto, merecen seguramente un estatus legal diferente del que poseen los combatientes, civiles inocentes, o a como Rodríguez-Villasante afirma, combatientes sin privilegios porque a como hemos sometido a juicio, los EHV, no encajan típicamente dentro de estas categorías. Un estatus híbrido legal, que clarifique sus condiciones dentro del derecho internacional, es imperativo.

Como posible alternativa, podríamos sugerir que, para solucionar el problema del estatus jurídico indeterminado de los EHV, a lo mejor, es conferirles un status similar al que se otorga al personal civil que acompaña a las fuerzas militares en el campo de las operaciones, en cumplimiento al Artículo 4(a)(4) de la Tercera Convención de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.<sup>550</sup> Este personal no acarrea armas con la intención de usarlas activamente en ataques.<sup>551</sup> Los EHV tampoco portan armas. Sin embargo, los proveedores de las fuerzas armadas, por la naturaleza de su trabajo, se dedican a mantener y proteger vehículos, sistemas de armamentos, aviones, equipos de comunicación, entre otras funciones, y en el teatro estratégico son objetivos militares.

---

<sup>550</sup> El Artículo normativiza que “las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto”; Tercer Convenio de Ginebra Relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra, Art. 4(A)(4).

<sup>551</sup> Ibid. A menos que sea estrictamente para autodefensa.

Legalmente no son combatientes *per se* pero el trabajo que desempeñan es ejecutado con el fin de causar daños en el enemigo.<sup>552</sup> Análogamente, los EVH cumplen la misma función de proteger esos sistemas para la parte que apoyan. Por consiguiente, ambos, proveedores y EHV en este sentido desarrollan análogamente la misma función, sin que sean miembros activos de las fuerzas armadas.

No obstante, la implementación del Artículo 4(a)(4), de la Tercera Convención de Ginebra, implica que el proveedor recibe el estatus de prisionero de guerra, siempre y cuando haya recibido autorización e identificación, oficial en el cumplimiento de sus funciones. En contraste, los EHV no poseen estos privilegios. Ahora bien, admitir la posibilidad de autorizar y suministrar identificación oficial a esos actores, que apoyan a uno de los bandos, nos presenta con otro problema legal: militares que les confieran estos beneficios estarían contraviniendo el Artículo 28 de la Cuarta Convención de Ginebra. En efecto atendiendo a este precepto “ninguna persona protegida podrá ser utilizada para proteger, mediante su presencia, ciertos puntos o ciertas regiones contra las operaciones militares”,<sup>553</sup> a menos que criminalmente se les reclute. Reclutar a EHV contraviene la legalidad de todo principio contenido en el DHI, especialmente si se hace con la intención de que se comporten como civiles inocentes, de manera que “apel[en] a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, [y] den a entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de derecho

---

<sup>552</sup> Michael E. Gillory, ‘Civilianizing the Force: Is the United States Crossing the Rubicon?’ (2001) 51 Air Force Law Review 11, 123  
<<http://www.thefreelibrary.com/Civilianizing+the+force:+is+the+United+States+crossing+the+Rubicon%3F-a092044661>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>553</sup> Cuarto Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección debida a las Personas, Civiles en Tiempo de Guerra, Art. 4.

internacional aplicables en los conflictos armados”.<sup>554</sup> Por supuesto, este mismo precepto estipula que “queda prohibido matar, herir o capturar a un adversario valiéndose de medios perversos”, conducta tipificada como crimen de guerra en el Artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.<sup>555</sup>

La complementariedad a las anteriores estipulaciones, contenida en el Artículo 51(7) del PAI, referente a la protección de la población civil, asimismo se estaría infringiendo. Como podemos observar, la situación no es tan sencilla. En caso de que en buena fe se confiara autorización, los EHV podrían ser vistos como objetivos militares por el opositor, argumento que apoyaría la tesis de que deban de recibir el estatus de prisionero de guerra al caer en manos del enemigo, o, en caso de duda, continuarían reteniendo su estatus de civil hasta que la cuestión se aclare. Sin este consentimiento militar, los EHV permanecen en la periferia de las vinculaciones y protecciones contenidas en el Artículo 4(a)(4) de la Tercera Convención de Ginebra. La única protección mínima a las que tendrían derecho bajo estas circunstancias, a como Rodríguez-Villasante defiende,<sup>556</sup> son las contenidas en el Artículo 45(3) del PAI y que formaliza que “la persona que haya tomado parte en las hostilidades y no tenga derecho al estatuto de prisionero de guerra ni disfrute de un trato más favorable de conformidad con lo dispuesto en el IV Convenio, tendrá derecho en todo momento a la protección del artículo 75 del presente Protocolo. Tal persona, cuando se encuentre en territorio ocupado y siempre que no se halle detenida como espía, disfrutará también, no obstante lo establecido en el artículo 5 del IV Convenio, de los derechos de comunicación

---

<sup>554</sup> Véase el PAI, Art. 37 (2) referente a la perfidia.

<sup>555</sup> Estatuto de Roma, Art. 8(2)(b)(XXXIII) tipifica como crimen de guerra la perfidia. Lo relevante para efectos del uso de escudos humanos es la siguiente cláusula: “provechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares”.

<sup>556</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Terrorists Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ (supra nota 547).

previstos en ese Convenio”.<sup>557</sup> Si Rodríguez-Villasante se refiere implícitamente a estas garantías mínimas para solucionar el problema del estatus legal de los EHV bajo el derecho internacional, debido a que “there is no category of persons affected by or involved in international armed conflict which is outside of any IHL protection”,<sup>558</sup> pues, estamos en acuerdo hasta que el asunto de las garantías extensivas se aclare, situación que no es la misma en el caso de los EHI. La situación de los EHI nos presenta un panorama diferente al anterior, por tanto, debemos analizarla para completar nuestro análisis de los escudos humanos.

#### 4.2.3 Los EHI y Proporcionalidad

##### 4.2.3.1 Los EHI: La Verdadera Víctima de la Inversión de la Proporcionalidad

Es irrefutable que los actores no estatales, durante una guerra asimétrica, utilizan a la población civil inocente como escudo para esconderse de sus contendientes. El objetivo del enemigo más débil, al ocultarse deliberadamente en aéreas urbanas, es detener o retrasar un ataque, o inducir daños desproporcionados por el más fuerte. Bajo estas condiciones el principio de proporcionalidad ejerce más bien un efecto contraproducente hacia la población civil. Y es que debido a la existencia de la norma de la proporcionalidad, los

---

<sup>557</sup> PAI, Art. 45(3); Cuarto Convenio de Ginebra, Art. 5, dice lo siguiente: “Si, en el territorio de una Parte en conflicto, ésta tiene serias razones para considerar que una persona protegida por el presente Convenio resulta fundadamente sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado, o si se demuestra que se dedica, de hecho, a dichas actividades, tal persona no podrá ampararse en los derechos y privilegios conferidos por el presente Convenio que, de aplicarse en su favor, podrían causar perjuicio a la seguridad del Estado. Si, en un territorio ocupado, una persona protegida por el Convenio es capturada por espía o saboteadora, o porque se sospecha fundadamente que se dedica a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante, dicha persona podrá quedar privada de los derechos de comunicación previstos en el presente Convenio, en los casos en que la seguridad militar lo requiera indispensablemente. Sin embargo, en cada uno de estos casos, tales personas siempre serán tratadas con humanidad y, en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo, tal como se prevé en el presente Convenio. Recobrarán, asimismo el beneficio de todos los derechos y privilegios de persona protegida, en el sentido del presente Convenio, en la fecha más próxima posible, habida cuenta de la seguridad del Estado o de la Potencia ocupante, según los casos”.

<sup>558</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto ‘Terrorists Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law’ (supra nota 414) 43.



actores no estatales se ven obligados a manipularla para que el más fuerte ataque causando un alto número de muertes. Por consiguiente, los EHI se constituyen como tal, debido a que han sido coaccionados a participar en la violencia armada, o no han decidido voluntariamente escudar a objetivos militares legales, pero que en razón de su proximidad geográfica al blanco su valor estratégico es vital para prevalecer en el campo de batalla. Un ejemplo de esta táctica la encontramos en la práctica de la OLP de 1982 y relacionada con la incursión de Israel en territorio libanés. La OLP, contraviniendo sus responsabilidades legales de segregar a la población civil de blancos militares, situó artillería y armas para derribar aviones en hospitales y edificios religiosos, de pueblos y ciudades libanesas, con el objeto de vulnerar la superioridad tecnológica de las FDI. Asimismo se alega que unidades de las OPL, y sus correspondientes equipos militares, se posicionaron en edificios de apartamentos y obligaron a inquilinos a permanecer en los apartamentos encontrados en las plantas más altas de los edificios. La muerte de civiles fue numerosa a pesar de que las fuerzas israelíes tenían éxito, con frecuencia, de aislar algunos objetivos militares de la OLP.<sup>559</sup>

Igualmente en Somalia, los EHI estuvieron presentes en el campo de batalla debido a que, una de las fuerzas contendientes se había mezclado entre ellos para protegerse, e inclusive gozando al mismo tiempo de la norma de la inmunidad civil, principio más básico del derecho de los conflictos armados.<sup>560</sup> Así, las fuerza armadas de la ONU y de los Estados Unidos frecuentemente se enfrentaban a milicias armadas, que les disparaban, mientras se escondían detrás de mujeres y niños. Las fuerzas estadounidenses, tratando de discriminar al blanco desde el aire, observaban que las miembros de las milicias les disparaban

---

<sup>559</sup> Van Creveld, *The Sword and the Olive: A Critical History of the Israeli Defense Force* (Public Affairs 1998) 297.

<sup>560</sup> Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (supra nota 205) 124.

tomando la ventaja que las muchedumbres en las calles les confería, para posteriormente dispersarse o mezclarse con civiles.<sup>561</sup>

Estos ejemplos tienen sentido aún más si agregamos que es de sentido común pensar que los actores asimétricos más débiles han hecho un examen de sus propios centros de gravedad y de sus mismas vulnerabilidades críticas<sup>562</sup> así como el de sus contrincantes más fuertes. Los actores más débiles saben que ellos no pueden enfrentarse con la superioridad tecnológica de los actores estatales más fuertes. Esta superioridad del actor estatal es motivo para que los actores más débiles utilicen como arma a los EHI.<sup>563</sup> En este entramado, notemos que la población civil inocente se constituye como el centro de gravedad, al ser usada estratégicamente como el arma clave para defenderse del más fuerte. Enfatizamos, los actores no estatales usan escudos humanos si con ello alcanzan sus objetivos, los cuales incluyen, entre otros, manipulación de la opinión pública, protección

---

<sup>561</sup> Mark Bowden, *Black Hawk Down* (Atlantic Monthly Press 1999) 4, describe un ejemplo donde las fuerzas estadounidenses se enfrentaron a un somalí “with a gun lying prone on the street between two kneeling women. The shooter had the barrel of his weapon between the women’s legs, and there were four children actually *sitting* on him. He was completely shielded in noncombatants, taking full cynical advantage of the Americans’ decency”.

<sup>562</sup> Aclaremos, “Depending on the situation, centers of gravity may be intangible characteristics such as resolve or morale. They may be capabilities such as armoured forces or aviation strength. They may be localities such as a critical piece of terrain that anchors an entire defensive system. They may be the relationship between two or more components of the system such as the cooperation between two arms, the relations in an alliance, or the junction of two forces. In short, centers of gravity are any important sources of strength. If they are friendly centers of gravity, we want to protect them, and if they are enemy centers of gravity, we want to take them away...[Critical vulnerability] in battlefield terms...means that we should generally avoid [the enemy’s] front, where his attention is focused and he is strongest, and seek out his flanks and rear, where he does not expect us and where we can also cause the greatest psychological damage. We should also strike at the moment in time when is vulnerable. Of all the vulnerabilities we might choose to exploit, some are more critical to the enemy than others. Some may contribute significantly to the enemy’s downfall while others may lead only to minimal gains. Therefore, we should focus our efforts against a *critical vulnerability*, a vulnerability that, if exploited, will do the most significant damage to the enemy’s ability to resist us”; véase en USA Marine Corps Doctrinal Publication 1, *Warfighting* (Marine Corps 1997) 46-47 <[http://www.dtic.mil/doctrine/jel/service\\_pubs/mcdp1.pdf](http://www.dtic.mil/doctrine/jel/service_pubs/mcdp1.pdf)> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>563</sup> Véase Daniel P. Schoenekase, ‘Targeting Decisions Regarding Human Shields’ (2004) *Military Review* 16, 26-31 <<http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/milreview/schoenekase.pdf>> accedido el 7 de mayo de 2012.

de recursos limitados<sup>564</sup> o esencialmente sobrevivir. Los actores asimétricos más débiles comprenden que causar daños colaterales excesivos, producto del uso desproporcionado de la fuerza, conlleva al apoyo de la población civil, desde donde operan y se esconden, vulnerando el principio de distinción. La explotación de los daños colaterales desproporcionados desacredita internacionalmente a los adversarios más fuertes.

En relación al argumento anterior, se ha sugerido que “the law is generally a conservative force [and] it is more likely to be observed by those more content with their lot”.<sup>565</sup> Si asumimos que esta premisa es correcta y, aceptamos que la ley es conservadora, en el sentido de la preservación del orden y el *status quo*, entonces, debemos de concluir teóricamente que los Estados se benefician de la estabilidad que les confiere el *status quo* y el sistema legal internacional. Es de suponerse también lo contrario en relación a los actores no estatales. Si estos actores no estando contentos con normas que favorecen a los Estados, pues es de esperar que se beneficien al subvertir ese mismo orden. Si mínimamente y, al menos en teoría, algunos actores no estatales expresan cierto compromiso de ajustarse a las normas legales internacionales para aclamar legitimidad, esos mismos actores podrían ver a los Estados como manipuladores del DIH. Después de todo, las normas del sistema legal internacional han sido construidas por esas entidades. Frente a este sórdido panorama, es de esperarse que el enemigo más débil subvierta el orden legal internacional atacando al centro de gravedad más frágil de los Estados: la población civil con el fin de desgastar la voluntad política de esas entidades. En consecuencia, cuando los adversarios los actores no estatales perciben como débil la voluntad política de los Estados que debe de sostener una guerra (especialmente si los

---

<sup>564</sup> Louis Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy* (Praeger 1968) 44.

<sup>565</sup> *Ibid* 49.

Estados tienen intereses vitales en una situación dada o cuando el apoyo militar para defenderse entre coaliciones de Estados es frágil) más incentivo habrá para que la percibida vulnerabilidad sea correlacionada con daños colaterales. Los adversarios más débiles saben que los planificadores militares deben de tomar en cuenta el examen de daños colaterales a la luz de la ecuación de la proporcionalidad. Enfatizando, entre mayor compromiso demuestren los Estados de apegarse a las normas del DIH y, por tanto, de proteger a la población civil inocente, o mantener al mínimo posible los daños colaterales, más vulnerable se verá la voluntad política de estas entidades para sus enemigos más débiles y mayor incentivo habrá para usar tácticas asimétricas de guerra que pongan en peligro la población civil, por ejemplo, el uso de escudos humanos involuntarios.<sup>566</sup> Con el uso de tácticas asimétricas, el enemigo más débil busca un alto número de muertes en la población civil y soldados, además del efecto contraproducente del boomerang para el actor estatal, en términos políticos, y como resultado de daños colaterales excesivos. Frente a la posibilidad de ejecutar un ataque, los ejércitos confrontan el dilema de abstenerse de ejecutarlo, conducirlo pero bajo condiciones operacionales sumamente restrictas, por tanto, arriesgando la efectividad militar del acto, o llevarlo a cabo de manera efectiva pero arriesgando la barrera de protección que impone la norma de la proporcionalidad en relación a daños colaterales excesivos.

De manera correlativa al asunto anterior y reiterando, el principio de distinción también es comprometido negativamente. El fertilizante para la explotación de daños colaterales, por parte del enemigo más débil, es precisamente el ambiente urbano. El actor no estatal, sabiendo que los ejércitos regulares deben de verificar la legitimidad de los objetivos

---

<sup>566</sup> Para un análisis más detallado véase Daniel Byman & Matthew Waxman, 'Defeating US Coercion' (1999) 41(2) *Survival* 107, 107-120.

militares, en cumplimiento de las normativas humanitarias que demanda DIH, se camufla entre, y ataca desde, la población civil. Sabiendo que los ejércitos deben de evitar, o minimizar al máximo, los daños colaterales incidentales, los adversarios no estatales manipulan los medios de comunicación mostrando daños desbastadores después de los ataques. No hay duda de que, el escrutinio intensivo de daños colaterales incidentales por parte de los medios de comunicación facilita al adversario la táctica de escudaje. Así, por ejemplo, Hezbollah se benefició durante la segunda guerra con Líbano al presentar a Israel como atacante directo de civiles inocentes. Caldwell, Murphy y Menning aclaran que “Hezbollah exploit[ed]...information as a kind of “war fighting function,” with new media as the weapon of choice”.<sup>567</sup> De acuerdo con estos expertos, en esta guerra “Hezbollah... play[ed] David to Israel’s Goliath...Hezbollah manipulated and controlled information within the operational environment to its advantage, using (at times staged and altered) photographs and videos to garner regional and worldwide support. Additionally, Hezbollah maintained absolute control over where journalists went and what they saw, thus framing the story on Hezbollah’s terms and affecting agendas for the international media. The widely reported use of Katushya rockets against Israel became both a tactical kinetic weapon and a strategic psychological one. But less is written about the fact that Hezbollah employed near-real-time Internet press accounts as open-source intelligence to determine where the rockets landed. Post-conflict reporting indicates that non-affiliated organizations used Google Earth to plot the location of the rocket attacks. While there is no firm evidence that Hezbollah used this capability to attain greater accuracy of fire, the fact remains that

---

<sup>567</sup> William B. Caldwell, *et. al.*, ‘Learning to Leverage in New Media. The Israeli Defense Forces in Recent Conflicts’ (2009) 89(3) Military Review 1, 4  
<[http://usacac.army.mil/CAC2/MilitaryReview/Archives/English/MilitaryReview\\_20090630\\_art004.pdf](http://usacac.army.mil/CAC2/MilitaryReview/Archives/English/MilitaryReview_20090630_art004.pdf)>  
accedido el 7 de mayo de 2012.

this new media capability could have been used to increase accuracy and multiply the strategic information effect”.<sup>568</sup>

Aún más importante, y desde una posición estratégica, Hezbollah uso la información en los medios de comunicación con el objeto de reducir cronológicamente las opciones estratégicas de Israel, concentrándose en el asunto de la proporcionalidad. Así, Hezbollah se aseguró de presentar a las operaciones militares de las FDI como uso desproporcionado de la fuerza contra la población civil, especialmente a la luz del secuestro de dos soldados israelíes, ocasionados por Hezbollah, el 12 de Julio de 2006, y que, después de un intento de rescate por parte de las FDI, murieron ocho soldados, hecho detonador de la Guerra.<sup>569</sup> De manera sorprendente, 33 días después de que Goliat y David comenzaran las hostilidades y en la cual ganar no significa perder, se declaró un cese al fuego, Hezbollah declarando unilateralmente la victoria.<sup>570</sup>

En realidad las normas humanitarias no son una barrera normativa altamente eficaz de protección contra la población civil. Como Walter defiende, “...soldiers could probably not fight at all, except in the dessert and at sea, without endangering nearby civilians”.<sup>571</sup> La

---

<sup>568</sup> Ibid 5; Caldwell, *et. al.*, indican que “Meanwhile, Hezbollah used its own satellite television station, Al Manar, to extend its information reach to some 200 million viewers within the region. As a direct link between Hezbollah’s military activities and these viewers, Al Manar timed coverage of spectacular tactical actions for maximum strategic effect. 23 For example, within minutes of the Israeli naval destroyer *Hanit* being hit by missiles, Hezbollah’s secretary general, Hassan Nasrallah, called in “live” to Al Manar to announce the strike, and Al Manar obligingly provided footage of the missile launch for distribution by other regional media and subsequently by YouTube. It took Israel 24 hours to respond with its own account of the incident.

The use of information as a strategic weapon did not end with the kinetic fight. Hezbollah continued... to use self-justifying and self-congratulatory information to affect perceptions of blame, responsibility, and victory. Hezbollah leaders even went so far as to place billboards on the rubble of buildings in southern Lebanon that said “Made in the USA” (in English) immediately following the cease fire”.

<sup>569</sup> Véase Andrew Exum, ‘Hizbollah at War, A Military Assessment’, (2006) (63) Policy Focus 1, 1 <[www.washingtoninstitute.org](http://www.washingtoninstitute.org)> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>570</sup> Caldwell, *et.al.*, ‘Learning to Leverage in New Media. The Israeli Defense Forces in Recent Conflicts’ (supra nota 567).

<sup>571</sup> Waltzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (supra nota 130) 153.

cuestión es, entonces, que el DIH demanda el cumplimiento de sus directrices jurídicas. Sin embargo, el carácter de la guerra asimétrica condiciona la conducta del actor más débil; así éste requiere del uso estratégico de la población civil para sobrevivir, aún a su propio costo.<sup>572</sup> También este tipo de conflicto determina el comportamiento a un actor estatal, el cual incurre, al mismo tiempo, en altos niveles de brutalidad para poder alcanzar a un blanco escondido entre la población civil y que, para reducir bajas de soldados, debe recurrir a la ya aludida guerra suma-cero de alta tecnología. En otras palabras, la intención de destruir al enemigo, mientras se reducen los daños colaterales, puede conllevar a soluciones militarmente inviables “[and] will offer very little by way of restraints on the conduct of war”.<sup>573</sup> Concurrimos así con O’Donovan cuando sugiere que el más débil “makes his [point] by forcing his opponent to slaughter the innocent unintentionally”.<sup>574</sup> Claro está, esta situación se debe a que adherirse al principio de distinción que demanda el DIH es un reto para las partes envueltas en el conflicto. El principio ha sido erosionado en el teatro de combate asimétrico porque hay muy pocos, sino ningún tipo de elemento físico, por ejemplo uso de uniformes por el actor no estatal, alguna indicación que discrimine objetivos duales de los puramente militares, entre otros, y que guíe a los beligerantes a distinguirse de los no combatientes. Esta situación facilita claramente el escudaje humano.

Por ejemplo Milosovic, incapacitado para retar la superioridad de las fuerzas de la OTAN,

---

<sup>572</sup> Es de sentido común pensar que adversarios ponen a riesgo su propia población, para obtener ventaja propagandística y de la reacción de la opinión pública internacional, como resultado que los daños colaterales traen consigo mismos. En este contexto el uso de escudos humanos no solo es efectivo militarmente, sino que además son otra herramienta para mantenerlos privados de necesidades, explotando así la reacción internacional. Mueller & Mueller notan que civiles iraquíes eran vulnerables a las sanciones económicas en un frente doble; primero porque el poder de fuego aéreo en el Golfo Pérsico destruyó infraestructura de importancia civil y, segundo, “because the country’s political leadership sometimes seems more interested in maximizing the nation’s suffering for propaganda purposes than relieving it”; véase John Mueller & Karl Mueller, ‘Sanctions of Mass Destruction’ (1999) (78) Foreign Affairs 43, 47.

<sup>573</sup> Alex J. Bellamy, ‘Is the War on Terror Just? (2005) 19(3) International Relations 275, 275.

<sup>574</sup> O’Donovan, *The Just War Revisited* (supra nota 491) 64.

dispersó sus fuerzas y equipo militar entre la población civil. También Milosovic, explotando los esfuerzos de la alianza militar por minimizar daños colaterales, recurrió a tácticas de terror contra la población de Kosovo, provocando un gran movimiento de refugiados con el fin de agudizar la crisis humanitaria.<sup>575</sup>

Ahora bien, agregamos que matar sin intención es una es solo una cuestión crítica del asunto. De ahí que la pregunta que plantea O'Donovan sea válida: "how can [the state actor] force operate effectively while maintaining a respect for discrimination which insurgency (the non-state actor) does not share?"<sup>576</sup> A nuestro juicio, la respuesta a esta pregunta es de carácter triádico. En primer lugar, es necesario el uso de la violencia indiscriminada contra la infraestructura y población civil, siendo este método más conveniente y directo usado por el más débil para protegerse, y para lo cual el actor estatal debe de responder. Así, durante la primera Guerra del Golfo Pérsico, Iraq no solo lanzó misiles Scud contra la población civil israelí sino que, también, utilizó kuwaitíes como escudos humanos, en contravención a las estipulaciones del DIH. De la misma forma el régimen iraquí, destruyó 590 pozos petroleros de los cuales 508 fueron incendiados, y entre 7 u 8 millones de barriles de petróleo fueron vertidos en el Golfo Pérsico.<sup>577</sup> Similarmente, en la Guerra Rusa-Chechena de 1999, las fuerza rusas ignoraron el intento de fabricar daño colateral de sus oponentes. Las fuerzas rusas, en su avanzada hacia la ciudad de Grozni, se enfrentaron a los separatistas Mujahedin, desplazados entre la población civil de pueblos chechenos precisamente con la intención de que el poder de

---

<sup>575</sup> USA Department of Defense, Report to Congress: Kosovo/Operation Allied Force after Action Report (Joint Chiefs of Staff 2000) (en la introducción al informe) 2  
<<http://webharvest.gov/peth04/20041027022740/www.defenselink.mil/pubs/kaar02072000.pdf>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>576</sup> Ibid.

<sup>577</sup> USA Department of Defense, Conduct of the Persian Gulf War: Final Report to Congress, 714-715 (supra nota 371). También véase la Resolución 664/90 del Consejo de Seguridad de la ONU del 18 de agosto 1990, concerniente a la invasión iraquí a Kuwait.



fuego ruso cayera sobre inocentes. En consecuencia, cuando la población civil inocente protestó contra estas tácticas asimétricas, Mujahedin los atacó. De igual manera las fuerzas rusas, ignorando el hecho de que la población civil estaba siendo usada como escudos humanos, abrieron fuego contra las poblaciones para dominar a los opositores, ataques que resultaron en miles de muertes civiles.<sup>578</sup>

En segundo lugar, el uso de la violencia selectiva, por ejemplo en el caso de los asesinatos selectivos practicados por Israel, a como hemos diseccionado antes, pero algunos piensan que esta práctica es ilegal y que, por tanto, compromete controvertidamente las normas humanitarias del DIH. Ya revisaremos este asunto más adelante.

En tercer lugar, es posible que el más fuerte busque aislar a la población civil. Este alisamiento podría tomar la forma de aislamiento físico y, en su forma más benigna, empleando la denominada diplomacia pública, en otras palabras, ganarse la mente y corazones de la población civil.<sup>579</sup> En contraste, el aislamiento en su forma extrema involucra ataques indiscriminados contra pueblos enteros o, partes de la población civil, tácticas de terror y coercitivas, a como hemos constatado en los ejemplos anteriores. La estrategia de la diplomacia pública, en principio no presenta mayores problemas. No obstante, si la población civil es considerada como elemento de apoyo para el oponente más débil, entonces, el opositor más fuerte reduce la barrera de protección de las normas humanitarias del DIH. Esta cuestión es un círculo vicioso. En consecuencia, el principio de distinción necesariamente se colapsa al entrar en tensión con las técnicas de aislamiento. Por definición, el principio de distinción demanda la implementación de la dicotomía

---

<sup>578</sup> Véase Yossef Bodansky, 'Tinder Box in the Caucasus' (2000) (4) Defense & Foreign Affairs Strategic Policy.

<sup>579</sup> Véase Lionel Beehner, 'Perceptions of US Diplomacy' (USA Council on Foreign Relations 2005) <[http://www.cfr.org/mediaandforeignpolicy/perceptionsuspublicdiplomacy/p8934?breadcrumb=%2Fissue%2Fpublication\\_list%3Fid%3D448](http://www.cfr.org/mediaandforeignpolicy/perceptionsuspublicdiplomacy/p8934?breadcrumb=%2Fissue%2Fpublication_list%3Fid%3D448)> accedido el 7 de mayo de 2012.

normativa de combatientes de no combatientes y que, por tanto, se distinga al inmune del no inmune frente a ataques. De igual manera, el aislamiento de la población implica pragmáticamente aislar a pueblos enteros, o a toda la población civil. No obstante, aislamiento es, por su naturaleza, indiscriminado o desproporcionado. Esto es así porque en la guerra asimétrica se manipula la definición de quien debería sujetarse al principio de inmunidad civil. Si por su naturaleza en la guerra asimétrica la población está interrelacionada con, o apoya a, los actores no estatales como los insurgentes, entonces pierde teóricamente su inmunidad civil desde la perspectiva del opositor más fuerte. Dentro de las realidades estratégicas actuales una nueva dinámica ha emergido: la dinámica del soldado-civil, erosionándose así la dinámica tradicional de soldado-soldado. Ejemplificando la cuestión, este es el caso entre Israel y Hezbollah durante la segunda guerra en Líbano, desarrollada entre julio y agosto de 2006. Hezbollah, escondido entre la población civil libanesa, demostró esta nueva dinámica de dos maneras: “The first is the broad use of the Lebanese civilian population as a living shield; the second, viewing the Israeli civilian population as the primary target for the enormous rocket arsenal Hezbollah built up over a period of years”.<sup>580</sup> Nótese asimismo que, “You cannot separate the southern society from Hezbollah, because Hezbollah is the society and the society is Hezbollah. Hezbollah is holding this society together through its political, military and economic services. It is providing the welfare for the south”.<sup>581</sup> Hezbollah ha tenido, sin

---

<sup>580</sup> Véase R. Earlich, ‘Hezbollah’s use of Lebanese Civilians as Human Shields: The Extensive Military Infrastructure Positioned and Hidden in Populated Areas. From Within Lebanese Towns and Villages Deliberate Rockets Attacks Were Directed against Civilians Targets in Israel’ (Intelligence and Terrorism Information Center at the Center for Special Studies 2005) <[http://www.terrorisminfo.org.il/malam\\_multimedia/English/eng\\_n/html/human\\_shields.htm](http://www.terrorisminfo.org.il/malam_multimedia/English/eng_n/html/human_shields.htm)> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>581</sup> Greg Myre, ‘Offering Video, Israel Answers Critics on War’ *The New York Times*, New York, 5 December 2006 <[http://www.nytimes.com/2006/12/05/world/middleeast/05mideast.html?\\_r=1](http://www.nytimes.com/2006/12/05/world/middleeast/05mideast.html?_r=1)> accedido el 5 de mayo de 2012.

problema alguno, bases, facilidades de entrenamiento, sedes y personal en Líbano a pesar no constituir el gobierno de ese Estado. Con este argumento no queremos sugerir que Hezbollah tiene de hecho autoridad legalmente constituida para llevar a cabo una guerra. Lo que defendemos reiteradamente es que la población civil, se constituye en el centro de gravedad estratégica de la guerra asimétrica, por tanto, encajando en la dinámica soldado-civil, en consecuencia, cuestionando la estructura arquitectónica de seguridad internacional. Sugerimos este argumento porque, al menos teóricamente, los adversarios más débiles se ven menos restringidos en sus acciones por las normas legales internacionales que los actores estatales, por tanto, las infringen. Esta situación se manifiesta en la explotación de las vulnerabilidades del más fuerte, así reflejado en el daño intencionado y el daño colateral, cuestión a sopesarse de acuerdo con el análisis que demanda la proporcionalidad y, para lo cuál existen tres posibles argumentos, o interpretaciones normativas. Ahora bien, el argumento de que el daño colateral incidental a los EHI debería, o no, incluirse en la proporcionalidad es de carácter controvertido a como a continuación presentamos en las mencionadas tres interpretaciones.

#### 4.2.3.2 Argumento de Exclusión: Los EHI no entran en la Proporcionalidad

La primera posición, extrema a nuestro juicio, defiende que los EHI no deberían ser parte del análisis de la proporcionalidad debido a que a un enemigo que viola al DIH no debería dársele la oportunidad de beneficiarse de esas violaciones. Así, los que defienden esta posición indican que, incluir a los EHI en el cálculo del daño incidental es un incentivo para que un enemigo que viole el DIH, y en mera virtud de revertir el principio de proporcionalidad, efectivamente ponga a riesgo a un número considerable de civiles

inocentes con el fin de que un objetivo militar legítimo sea inmunizado frente a un ataque.<sup>582</sup>

Sin embargo, esta posición es insostenible, en nuestra opinión, debido a que la noción de participación directa en las actividades es, sin duda alguna, el parámetro que indica que los EHI deben entrar en el cálculo del daño incidental. El hecho mismo de que civiles sean forzados a actuar como EHI excluye, inclusive el elemento de intención. Aún más, El DIH no sienta precedente alguno para que una de las partes en el conflicto se beneficie apoyando el daño civil incidental, o actúe, en contraposición a la norma de la inmunidad civil.<sup>583</sup> En este sentido estamos en completo acuerdo con Olásolo Alonso; dejar fuera del ámbito de protección conferido por el principio de la proporcionalidad a daños civiles colaterales, producto de acciones antijurídicas del enemigo, infringe el principio de distinción, uno de los pilares sobre los que se levanta la estructura normativa del DIH. Efectivamente, esta cuestión puede ser contraproducente porque si, a como alega correctamente Olásolo Alonso, se va en contra de “la finalidad última del principio de

---

<sup>582</sup> Fisher defiende que, por ejemplo la responsabilidad de asumir la muerte de civiles que han sido usados como escudos humanos debería de transferirse “away from states compelled to exercise their right to self-defense, and towards actors who initially create the danger to civilians”. Harrison va un paso más allá y alega que “the proportionality standard effectively increases the risk to civilians during armed conflict rather than affording additional protection”, al absolver al atacado de la responsabilidad que debe asumir por los daños civiles causados mientras que al mismo tiempo los legitima. Véanse D.H. Fisher, ‘Human Shields, Homicides and House Fires: How a Domestic Law Analogy Can Guide International Law Regarding Human Shield Tactics in Armed Conflicts’ (2007) 5(2) American University Law Review 479, 485; J.C. Harrison, ‘Attracting the World’s Policemen to Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions’ (2003) 12 US Air Force Academy Journal of Legal Studies 103, 112.

<sup>583</sup> Controvertidamente, la única excepción de violación al derecho internacional son las represalias, medidas que aunque sean ilegales deben ser proporcionadas. Un beligerante recurre a éstas para obligar a un enemigo a corregir un acto antijurídico. En el contexto del DIH, Kalshoven argumenta que las represalias fueron construidas, no para promover un combate entre iguales y justo, pero para obligar a una de las Partes que infringe el derecho humanitario, a cumplir con ese régimen jurídico. En consecuencia “the reprisal need not and usually cannot be directed against those persons on the adverse side who are responsible for the unlawful conduct, and hence tends mainly to affect people who are “innocent” of that conduct; véanse Kalshoven, *Reprisal* (Crimes of War Project 2011) <<http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/reprisal/>> accedido el 1 de mayo 2012; Remiro Brotons (supra nota 197) concurre con Kalshoven.

distinción, [donde] se encuentra...la base de la regla de la proporcionalidad”<sup>584</sup> pues el principio de inmunidad civil, sin ánimo de exageración, se colapsa, por tanto, en vez de “limitar los sufrimientos y daños causados por las operaciones militares a quienes ni son combatientes ni toman parte directamente en las hostilidades”, es motivar el abuso de la población civil. En conexión a estas ideas, notemos que inclusive el Artículo 51(7)<sup>585</sup> sanciona el uso estratégico de escudos humanos que, como táctica de guerra, por mucho tiempo ha violado al DIH.<sup>586</sup> Además, “whether the use of the civilians to shield is passive, as when a party to the conflict takes advantage of their presence (they may not even realize they are being so used), or active, for example, when the party directs them to a location they will shield, is irrelevant since the first sentence of Article 51.7 addresses the former situation, whereas the second covers the latter”.<sup>587</sup> Esta prohibición, que refleja el derecho consuetudinario,<sup>588</sup> complementada con las proscripciones de usar escudos humanos, consagradas en el Artículo 51(8) del PAI,<sup>589</sup> “exig[e] que no se dejen por fuera...de los daños civiles colaterales aquellos daños que...se produzcan en relación con personas o

---

<sup>584</sup> Olásolo Alonso, *Ataques contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados* (supra nota 386) 210.

<sup>585</sup> El Artículo en consideración regula que “La presencia de la población civil o de personas civiles o sus movimientos no podrán ser utilizados para poner ciertos puntos o zonas a cubierto de operaciones militares, en especial para tratar de poner a cubierto de ataques los objetivos militares, ni para cubrir, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en conflicto no podrán dirigir los movimientos de la población civil o de personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques, o para cubrir operaciones militares”, PAI, Art. 51(7).

<sup>586</sup> Schmitt, ‘Human Shields in International Humanitarian Law’ (supra nota 510) 301.

<sup>587</sup> Ibid 302.

<sup>588</sup> Schmitt, ‘Fault Lines in the Law of Attack’ (supra nota 288) 298.

<sup>589</sup> PAI, Art. 58 “referente a precauciones contra los efectos de los ataques” positiva que “hasta donde sea factible, las Partes en conflicto: a) se esforzarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 del IV Convenio, por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control; b) evitarán situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas; c) tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control”.

bienes civiles que han sido puestos en peligro por actos ilícitos del enemigo”.<sup>590</sup> El Artículo 51(8) del PAI se enmarca dentro de lo anterior, debido a que normativiza que “ninguna violación de estas prohibiciones dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas de precaución previstas en el artículo 57”.<sup>591</sup> Evidentemente, el reto que presenta este elemento de cautela encapsulado en el Artículo 57 del PAI, referente al “cuidado constante de preservar a la población civil”, consiste “[in] determining whether, and to what extent, it can be interpreted as legitimizing mistakes. For example, information sought and gathered in good faith may lead a party to believe that an object is a military objective, while in fact it is entirely civilian in nature. Or a weapon-delivering carrier could experience a failure leading it to divert from its programmed trajectory and to strike objects that the attacking party did not intend to target. The position of principle on this issue may be summarized as follows: The duty to take precautionary measures is not absolute. It is a duty to act in good faith to take practicable measures, and persons acting in good faith may make mistakes. Thus a legal assessment of a given situation will allow a clear line to be drawn between a negligent act that is unlawful under international law and a mistake that was made despite the taking of all feasible precautions. The former type of act will engage a state’s responsibility (to be distinguished from individual criminal responsibility), while the latter type will not”.<sup>592</sup>

Además, obsérvese que, bajo el derecho internacional ambas partes tienen la obligación legal correspondiente de mantener un balance entre las consideraciones humanitarias y la

---

<sup>590</sup> Olásolo Alonso, *Ataques contra Personas o Bienes Civiles y Ataques Desproporcionados* (supra nota 386) 207.

<sup>591</sup> Ibid.

<sup>592</sup> Quéguiner, ‘Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities’ (supra nota 511) 815.

necesidad militar, por tanto, el uso de EHI es ilegal. Nótese asimismo que, si bien es cierto a, *prima facie*, podríamos aceptar lo que muchos argumentan, de que el efecto neto de PAI es facilitar al adversario más débil el escudaje humano involuntario, de manera que se invite al más fuerte a ejecutar ataques desproporcionados, igualmente podríamos defender que el espíritu de PAI no es que los beligerantes desarrollen una guerra ‘justa’ sino restringir la violencia armada con el objeto de proteger a civiles inocentes. Inclusive, el Artículo 51(8), sugerimos, es expresado en términos taxativos, o absolutos, tanto que, proscribire represalias contra la población civil, como medio para castigar violaciones a las normas relativas a la conducta de la guerra, dificultando así la posibilidad de que el atacante ejecute ataques contra fuerzas irregulares, escondidas entre la población civil y, sin que evite acusaciones de crímenes de guerra.<sup>593</sup>

Violaciones al PAI podría conllevar a todo tipo de retaliaciones. Y es que “el fenómeno de la impunidad no solo impide la reconciliación y estabilidad en aquellos Estados que han padecido y padecen las más groseras violaciones del Derecho internacional de los Derechos Humanos y del DIH, sino que alienta y fomenta a las vulneraciones de las más elementales normas de humanidad que se producen en los trágicos escenarios de conflicto que vive la sociedad internacional actual”.<sup>594</sup> Es claro que, habrá siempre presión sobre los Estados para que abandonen las normas humanitarias del régimen jurídico del DIH durante un conflicto armado, sea como represalia contra enemigos que hayan matado, aún tomando en cuenta el cuerpo normativo de ese régimen legal internacional, o en cumplimiento de

---

<sup>593</sup> Estas son las razones por las cuales los Estados Unidos e Israel no han ratificado expresamente las PAI. La eliminación total de represalias la habilidad de los actores estatales de responder militarmente a actores que violan flagrantemente las normativas contenidas en las Convenciones de Ginebra y el PAI; véase Abraham Sofaer, ‘The Rationale for the United States Decision Not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims’ (1988) 82(4) American Journal of International Law 784, 785.

<sup>594</sup> Pueyo Losa, ‘El Principio de Jurisdicción Universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional’ (supra nota 165) 179.

ese sistema jurídico cuando se requiere de mayores muertes militares para minimizar el daño colateral incidental a la población civil. En todo caso, el deber de protección a la población civil frente a operaciones militares debe de prevalecer.<sup>595</sup>

#### 4.2.3.3 Argumento de Sustracción: Los EHI deben de Descontarse de la Proporcionalidad

Esta segunda perspectiva argumenta que los EHI entran en el cálculo del daño incidental, puesto que retienen su inmunidad civil, pero su valor debe de descontarse de alguna manera de la ecuación de la proporcionalidad. Así, Dinstein sugiere “the actual test of excessive injury to civilians must be relaxed. . . . [S]hould civilian casualties ensue from an illegal attempt to shield combatants or a military objective, the ultimate responsibility lies with the belligerent State placing innocent civilians at risk”.<sup>596</sup> En consecuencia, defiende este académico, el principio de proporcionalidad prevalece solo si el daño colateral incidental es relajado, “That is to say, the appraisal whether civilian casualties are excessive in relation to the military advantage anticipated must make allowances for the fact that –if an attempt is made to shield military objectives with civilians- civilian casualties will be higher”.<sup>597</sup> La idea de Dinstein es apoyado sobre la premisa de que “a belligerent State is not vested by LOIAC<sup>598</sup> with the power to block an otherwise legitimate attack against combatants (or military objectives) by deliberately placing civilians in harm’s way”.<sup>599</sup> Rogers defiende similarmente que un tribunal que considera si un ataque desproporcionado ha sido ejecutado, “would be able to take into account when considering the rule of proportionality the extent to which the defenders have flouted their obligation to separate military

---

<sup>595</sup> Véase el PAI, Arts. 51(1) y 57(4).

<sup>596</sup> Dinstein, ‘The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict’ (supra nota 188) 131.

<sup>597</sup> Ibid.

<sup>598</sup> Acrónimo en inglés para el derecho de los conflictos armados internacionales.

<sup>599</sup> Ibid.



objectives from civilian objectives and to take precautions to protect the civilian population...The proportionality approach taken by the tribunals should help to redress the balance which would otherwise be tilted in favour of the unscrupulous”.<sup>600</sup> Estas proposiciones parecen encontrar apoyo en los comentarios a los Protocolos Adicionales. En efecto, Bothe *et al.* “[defend that] by being within, or in the vicinity of a military objective, these civilians assume the risk of collateral injury from the effects of attack. It is also doubtful that incidental injury to persons serving the armed forces within a military objective will weigh as heavily in the application of the rule of proportionality as that part of the civilian population which is not so closely linked to military operations”.<sup>601</sup>

Ahora bien, nuestra tesis es que, estos razonamientos carecen de fundamento jurídico sólido debido a dos motivos que consideramos válidos. En primer lugar, son argumentos inválidos porque debido a la base que nos presta la noción de participación directa en las hostilidades es que, los EHI deben de incluirse de la ecuación de la proporcionalidad. El hecho de que hayan sido forzados a actuar como escudos humanos, como un hecho de derecho, los titula como sujetos receptores de todas las protecciones conferidas por el DIH. Recordemos que las proscripciones normativas del régimen legal internacional impuestas por el derecho humanitario han sido estructuradas para que, en tiempo de guerra, sean los objetivos militares los lícitos de ser atacados, pero no la población civil, “principio del que dimanar las normas específicas del DIH destinadas a proteger a las personas civiles, entre las cuales las relativas a la prohibición de los ataques directos...contra personas...la prohibición de

---

<sup>600</sup> Rogers, *Law on the Battlefield* (supra nota 292) 131.

<sup>601</sup> Bothe *et al.*, *New Rules for Victims of Armed Conflict* (supra nota 269) 295.

ataques indiscriminados y la prohibición del uso de los “escudos humanos”.”.<sup>602</sup> Ante este escenario, ninguna de las partes en conflicto debería de privar a la población civil inocente de la protección que les corresponde,<sup>603</sup> idea sobre la que se fundamenta la prohibición al uso de escudos humanos. En segundo lugar, no existe precedente alguno en el DIH para argumentar que los EHI no deben entrar en el cálculo del daño colateral incidental. Relajar la barrera de protección que, en teoría, confiere la norma de la proporcionalidad no solo significa extender los ya existentes abusos al principio sino que, asimismo, descontar a los EHI del análisis de la proporcionalidad, a nuestro juicio, va en contra de las medidas de precaución que se deben tomar previo a un ataque, así estipulado en el Artículo 51(8) del PAI. Por consiguiente, estamos de acuerdo con Schmitt cuando indica que “to relax the incidental injury calculation for involuntary shields would be to enter upon a normative slippery slope... There is simply no way to operationalize the proposed relaxation. It is already very difficult to apply the ‘excessive’ standard in practice. To suggest that this elusive term can be further refined when involuntary shields are involved is unrealistic”.<sup>604</sup>

La normativa contenida en el Artículo 51(8), contrario a lo que algunos admiten, es de carácter imperativo y no exhortatorio.<sup>605</sup> Con base en esta interpretación, descontar el valor de civiles inocentes del daño incidental, es una infracción grave a ese precepto,<sup>606</sup> violación que no libera de culpabilidad al más débil de sus obligaciones *vis-à-vis* civiles inocentes.

---

<sup>602</sup> Moreillon, ‘El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos’ (supra nota 20) 15.

<sup>603</sup> Véanse los Arts. del PAI, 35 referente a métodos o medios de guerra ilegales, 37(1) referente a la perfidia, 51(1)(4) referente a los deberes de protección a la población civil contra los peligros de las operaciones militares, 58(a)(b)(c) referente al deber de remover civiles localizados en las proximidades de objetivos militares .

<sup>604</sup> Schmitt, ‘Fault Lines in the Law of Attack’ (supra nota 288) 301.

<sup>605</sup> Hays Parks, ‘Air War and the Law of War’ (supra nota 336) 159.

<sup>606</sup> Schmitt, ‘Direct Participation in the Hostilities and 21st Century Armed Conflict’ (supra nota 134) 268.

En consecuencia, es claro que el atacante no puede alegar falta de cumplimiento con el Artículo 51(8) solo porque el opositor viola al derecho humanitario y, entonces, decir que no puede “hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que...proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil”.<sup>607</sup> Además, algunos expertos defienden de que el daño colateral es consecuencia de la falta de medidas de precaución tomadas por el receptor del ataque, y que por tanto muertes civiles no deberían entrar en la ecuación de la proporcionalidad.<sup>608</sup> Pero estos son argumentos irrelevantes. Aún cuando el enemigo más débil recurra al uso de EHI para defenderse, el requisito de la proporcionalidad contenida en el PAI, no exculpa al atacante de sus obligaciones; interpretación tomada así a la luz de la regulación estipulada en el Artículo 57 de ese instrumento. Aún más, si bien aceptamos, a como argumenta Schmitt, de que no tomar precauciones antes de un ataque, para proteger a civiles inocentes, constituye una ofensa grave contra *jus in bello*, también es correcto afirmar que la obligación de tomar precauciones correlativas por parte del atacado, no es una infracción de igual gravedad en el sentido que la proporcionalidad demanda. El deber, u obligación, de reducir daños colaterales a civiles que sean usados como EHI es compartido entre atacantes y atacados. Sin embargo, el mayor peso de la responsabilidad recae sobre el atacante.<sup>609</sup> También, verificar todo lo que sea factible requiere de asegurarse que, en un teatro estratégico asimétrico, el enemigo más débil no use EHI, y viole sus obligaciones bajo el DIH. Aquí es donde radica el problema principal del asunto: ¿cómo operar el principio de proporcionalidad en un ambiente estratégicamente asimétrico complicado, donde el principio de distinción es transgredido por uno de los actores?

---

<sup>607</sup> PAI, Art. 57(2)(a)(i).

<sup>608</sup> Hays-Park, ‘Air War and the Law of War’ (supra nota 336) 174.

<sup>609</sup> Schmitt, ‘Direct Participation in the Hostilities and 21st Century Armed Conflict’ (supra nota 134) 267.

#### 4.2.3.4 Argumento de Inclusión: Los EHI entran en la Ecuación de la Proporcionalidad

La tercera perspectiva, con la que nos identificamos, demanda que los EHI deban de ser incluidos en el cálculo del daño civil incidental. Tomamos esta posición (siguiendo de cerca a Schmitt) porque, según el Artículo 51(8) “ninguna violación de estas prohibiciones<sup>610</sup> dispensará a las Partes en conflicto de sus obligaciones jurídicas con respecto a la población civil y las personas civiles”.<sup>611</sup> En otras palabras, los EHI nunca pierden la inmunidad civil conferida por el DIH, a menos que renuncien a la misma, debido a su participación directa en las hostilidades.<sup>612</sup> Es claro que, entonces, civiles que sean obligados a actuar como escudos humanos permanecen bajo protección legal total, y el daño colateral incidental que sufran, en consecuencia, debe de sopesarse en la ecuación de la proporcionalidad,<sup>613</sup> aún si esto quiere decir que, en última instancia, un ataque a un objetivo militar válido escudado deba ser suspendido. La protección ofrecida por el DIH no es menoscabada por el hecho de que involuntariamente, o en virtud de la proximidad geográfica al blanco, esos civiles sean parte de las hostilidades.

A pesar de la veracidad inherente en la anterior consideración, porque pensamos que nadie puede refutar que la población civil inocente no permanece bajo protección legal total, en la práctica la realidad es otra. En efecto, los escudos humanos subvierten el contenido

---

<sup>610</sup> Lo que incluye la obligación de no usar escudos humanos.

<sup>611</sup> PAI, Art. 51(8).

<sup>612</sup> Schmitt, ‘Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law’ in W. Heintschel von Heinegg & V. Epping (editors), *International Humanitarian Law Facing New Challenges. Symposium in Honour of Knut Ipsen* (Springer 2007) 27.

<sup>613</sup> Eyal Benvenisti, ‘Excessive Force and Human Dignity during Military Conflict’ (2004) Tel Aviv University Working Papers; Benvenisti, ‘Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilian’ (2006) Tel Aviv University Faculty Law Paper 11/2006, 81-109

<[http://law.bepress.com/do/search/?q=author%3ABenvenisti&fq=virtual\\_ancestor\\_link%3Ahttp%3A%2F%2Fwww.bepress.com%2Ftaulwps%2Ffp](http://law.bepress.com/do/search/?q=author%3ABenvenisti&fq=virtual_ancestor_link%3Ahttp%3A%2F%2Fwww.bepress.com%2Ftaulwps%2Ffp)> accedido el 7 de mayo de 2012.

normativo construido por el DIH, cuestionando así la arquitectura de seguridad internacional. Es claro que la universalidad de los preceptos ‘intransgredibles’ que constituyen la maquinaria normativa humanitaria del sistema legal internacional es aclamada por la mayoría, sea por medio de los tratados, o por la vía consuetudinaria. Sin embargo, la crisis de incumplimiento a esas proscripciones deja mucho que desear. Tenemos suficientes motivos para pensar que el principio de distinción y, su consecuente corolario, el principio de proporcionalidad han sido construidos para reducir el sufrimiento humano causado por los horrores de la guerra. Entre esta evidencia tenemos el impresionante desarrollo normativo del DIH analizado en el capítulo previo pero que contrasta con la práctica desoladora, cada vez creciente, de infracciones cometidas contra los instrumentos jurídicos de Ginebra y de los Protocolos Adicionales en los conflictos armados actuales. Esta crisis de incumplimiento encuentra básicamente sus raíces en los conflictos asimétricos contemporáneos. En nuestra opinión, los escudos humanos son de las patologías que el DIH debe de enfrentar. De ahí, que ahora focalizaremos nuestra atención en los factores que explican la crisis de incumplimiento con ese régimen legal, y observar si las columnas sobre las que se ha estructurado ese sistema normativo permanecen inmóviles.

#### 4.3 Crisis de Incumplimiento: ¿Patologías del DIH?

##### 4.3.1 Los Actores Estatales y No Estatales: ¿Daño Intencionado o Daño Colateral?

Antes de analizar la intencionalidad de los actores en el teatro asimétrico, primero aclaremos que, en esta sección, no nos referiremos como actores no estatales a aquellos que, involucrados en una guerra contra la dominación colonial, u ocupación extranjera, y

amparándose en su derecho a la autodeterminación, bajo el Artículo 1(4) del PAI, reciben un estatus equivalente al del combatiente en un conflicto internacional. Nuestra decisión es determinada por el precepto mencionado, y en razón de que estos grupos que reclaman autodeterminación, reciben protección amplia y cumplen con las proscripciones que conforman la maquinaria legal del DIH. También, cuando esos actores sean calificados como una de las partes en el conflicto, bajo el contenido del precepto antes mencionado, pero subsecuentemente se enganchen en conflictos de índole no internacional con el objeto de lograr un cambio de régimen, su caracterización legal de acuerdo con el PAI es cuestionada y, en contraste, su estatus jurídico y protecciones se desplazan al régimen consagrado en el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra. Tampoco nos referimos a estas circunstancias.

Recapitulando lo ya explicado en el capítulo II; aquí nos referiremos específicamente a aquellos actores no estatales que, como perpetradores de violencia, no reclaman el derecho a la autodeterminación, no reúnen las condiciones legales del combatiente, no tienen alineación alguna a ningún Estado y cuyos actos hostiles son considerados como crímenes, y no actos de guerra, por la comunidad internacional, por ejemplo, terrorismo. Concentrémonos así en el asunto que nos corresponde analizar. Así, comenzamos indicando que el primer objetivo de estos actores es sobrevivir en el teatro de la guerra asimétrico. En efecto, “at night [the most powerful could] locate you through cell phone interceptors, rapidly vector forces towards you using secure communication, and kill you from a distance that you die completely unaware you were even at risk, coming out to fight

in the classic sense makes little sense”.<sup>614</sup> En otras palabras, la superioridad tecnológica de los ejércitos les permite la denominada asimetría económica, argumento que implica que, en una confrontación frente a frente contra un enemigo no estatal, los ejércitos tienen una serie de ventajas como rapidez de reacción, poder de destrucción a distancia de bombardeos aéreos, o de otro tipo de sistemas de armamentos, capacidades mayores que la de cualquier otro enemigo. Estas ventajas se unen inexorablemente a la percepción pública de que, estos medios de guerra son menos dañinos, por consiguiente legítimos, a pesar del nivel de destrucción que puedan causar para la población civil.<sup>615</sup>

El segundo objetivo para los actores no estatales es que aún cuando sobrevivan, “[they] must still find a way to get close enough to the enemy to kill them, for in traditional battle, defeat of the enemy’s military paves the way to victory”.<sup>616</sup> En consecuencia, para compensar el desbalance de poder, acercarse al enemigo más fuerte y sobrevivir, el más débil causa daños excesivos que incluyan a la población civil, con el objeto de que esos daños sean ampliamente visibles y usados en contra del actor estatal. En realidad las acciones de ambos actores confluyen en daños a civiles. No obstante, la percepción de los resultados de los ataques ejecutados por ambos actores es percibida disimilarmente. Así, por ejemplo, un misil lanzado a distancia y que mata el mismo número de civiles que mata una bomba suicida humana,<sup>617</sup> es conceptualizado de manera diferente. Así, el caso del misil lanzado por el ejército presume legalidad, especialmente cuando se afirma que el

---

<sup>614</sup> Schmitt, ‘21<sup>st</sup> Century Conflict: Can the Law Survive?’ (2007) 8(2) Melbourne Journal of International Law 443, 462 <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2007/24.html>> accedido el 4 de mayo de 2012.

<sup>615</sup> Dinstein, ‘Collateral Damage and the Principle of Proportionality’ in D. Wippman & M. Evangelista (Editors), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts* (Ardsley, 2005) 111.

<sup>616</sup> Ibid.

<sup>617</sup> Recordemos que la táctica de matar a bombas suicidas humanas es perfidia, en consecuencia, es ilegal ya que permite acercarse y atacar el blanco, mientras el agresor se camufla de civil. Además contraviene el principio de aportar armas abiertamente.

requisito de la proporcionalidad y el principio de distinción han sido tomados en cuenta en el ataque. En el caso de la bomba suicida humana no se presume legalidad alguna, en consecuencia, categorizándose como un acto criminal de terrorismo, debido a que conferirle legalidad al ataque implicaría aceptar las condiciones jurídicas del combatiente y el estatus inherente de prisionero de guerra.<sup>618</sup> Observemos que el resultado del ataque es el mismo. El ataque resulta en el mismo número de muertes civiles pero la cuestión de legalidad es diferente: un ataque es lanzado por un actor que goza de personalidad jurídica internacional, y cuyos soldados son identificables, puesto que llevan uniforme de acuerdo con lo requerido por el DIH; el otro ataque ejecutado por un actor que no conocemos, vestido de civil, es ilegal, contraviniendo el Artículo 37 del PAI, referente a la prohibición de la perfidia.<sup>619</sup>

Anotemos dos observaciones adicionales con relación al ejemplo antes citado. Primero, la población civil, a como explicamos con el asunto de los escudos humanos, es el meollo de la cuestión; entre más inocente sea la población civil, más riesgo corre de ser brutal y estratégicamente usada, y menos protección recibirá de la norma de la inmunidad civil.<sup>620</sup> En nuestra opinión, este antagonismo entre las dos nociones aparentemente irreconciliables es resultado de la asimetría tecnológica, la cual no le permite al actor más débil tener objetivos militares que alcanzar y destruir. En consecuencia, a este actor no le queda otra alternativa más que atacar indiscriminadamente a la población civil, o inducir daños colaterales excesivos, punto más vulnerable del actor estatal. De hecho, el actor más débil

---

<sup>618</sup> Es muy difícil, por ejemplo, de que Israel acepte a los seguidores de Hezbolá como combatientes. Esto les concedería legitimidad y el estatus de prisionero de guerra. Todo lo contrario, las ataques de Hezbolá son actos de terrorismo según Israel.

<sup>619</sup> Véase el PAI, Art. 37.

<sup>620</sup> Véase el análisis detallado de Michael L. Gross, 'Killing Civilians Intentionally: Double Effect, Reprisal and Necessity in the Middle East' (2005) 120(4) Political Science Quarterly 555, 555-579.



depende de la población civil para esconderse y atacar, problema que erosiona el principio de distinción. Estos actores no reúnen las condiciones típicas del combatiente, y se desprenden del profesado objetivo de protección, que demanda el principio en cuestión, para ajustarse a las realidades prácticas de la guerra<sup>621</sup> asimétrica.

La segunda observación que debemos expresar es que es obvio que “the ability of combatants to plan and conduct their operations and defend the state, as well as the capacity of a state or the international community to hold them accountable for failure, is significantly dependant upon the clarity and relevance of the distinction principle”.<sup>622</sup> Sin embargo, el principio de distinción es contrario a la naturaleza de la guerra asimétrica porque el actor más débil no se distingue de la población civil inocente, ni del soldado tradicional, entonces, a como sugiere Waltzer, conlleva al artificio de usar ropa de civiles, acción que viola “the implicit trust upon which the war convention rests: soldiers must feel safe among civilians if civilians are ever to be safe from soldiers.”<sup>623</sup> Así, no es transparente quién puede ser atacado legítimamente, ni tampoco bajo qué condiciones la regla de la proporcionalidad debe ser implementada, en términos pragmáticos. Conducir operaciones sin objetivos militares legítimos que atacar y distinguir no solo limita la capacidad de los ejércitos para identificar blancos válidos, en campos de batalla lineales donde proyectar el poder efectivamente, sino que, de la misma forma, restringe la noción de lo que puede ser estimado como beneficio militar. Por consiguiente, el actor estatal, para prevalecer en la confrontación, no posee otra alternativa, a nuestro juicio, más que expandir la noción de

---

<sup>621</sup> Aaron X. Fellmeth, ‘Questioning Civilian Immunity’ (2008) 43 Texas International Law Journal 453, 456.

<sup>622</sup> Watkin, ‘Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflicts in the 21st Century’ (2002) Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research 1/2007, 4  
<<http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session2.pdf>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>623</sup> Waltzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (supra nota 130) 182-183.

blancos u objetivos militares, de manera que abarque la fuente real de poder del enemigo más débil.<sup>624</sup> Precisamente porque el origen del poder del más débil es la población civil, pues no existe otra alternativa más que, bajo la sombrilla de la necesidad militar, incluirla en el radio del blanco y justificarla como daño colateral,<sup>625</sup> para conferir legalidad y legitimidad al ataque. En otras palabras, la retórica legal de cumplimiento con las enunciaciones que constituyen el *jus in bello* es usada como parapetos para justificar y explotar daños colaterales. Esta aseveración no debe entenderse como que el DIH motiva atrocidades sino que, en contraste, debido a su patológica rigidez, las partes en conflicto, *de mala fides*, manipulan su contenido con el fin de obtener ventajas y prevalecer en el campo de batalla. En este sentido, y en términos pragmáticos, el actor estatal obtiene beneficios militares de la muerte de civiles sin con ello adquiere la ventaja militar y culpabiliza al más débil.

La realidad que impone la guerra asimétrica sobre las partes contendientes es ‘simétrica’: para prevalecer, el daño debe ser intencionado contra civiles. El más fuerte porque piensa que ciertos sectores de la población civil, sino toda, es enemiga. Como resultado de esta percepción, el actor estatal dilata la interpretación de la noción de objetivos militares y simplemente ataca. De igual forma, el actor no estatal ataca de manera indiscriminada a inocentes, o se escuda con ellos para sobrevivir.<sup>626</sup> La similitud entre los dos contendores es sorprendente. Es obvio que este pragmatismo no responde al ordenamiento jurídico del DIH. Por ejemplo, “when technological asymmetry allows one party to a conflict to attack

---

<sup>624</sup> Véase, Adam Roberts, ‘Air Power, Accuracy, and the Law of Targeting: Why no Brave New World?’ in R.B. Jacques (Editor), *Issues in International Law & Military Operations*, Vol. 80 (USA Naval War College 2006)

<sup>625</sup> Dinstein, ‘Collateral Damage and the Principle of Proportionality’ (supra nota 615)

<sup>626</sup> Este es exactamente el caso de Israel y Hamás. La población sirve de apoyo para Hamás. ¿Cómo puede Israel encontrar particularmente a Hamás y destruirlo, si Hamás corresponde a la población civil?

with almost completely impunity, coercing the other into engaging in (or ceasing) particular conduct becomes theoretically impossible. The advantaged party simply bombs its opponent into compliance with its wishes. Operation Allied Force serves as a classic example, of a “coercive” campaign, for the intent was never to defeat President Slobodan Milosevic’s army. Rather, it was to compel a return to the bargaining table and end systematic and widespread mistreatment of the Kosovar Albanian population”.<sup>627</sup>

En operaciones militares de coerción, el asunto es determinar qué objetivos deberían ser atacados para obligar al oponente a rendirse. Para este efecto la necesidad militar del más fuerte es seleccionar quirúrgicamente el centro neurálgico del más débil para eliminarlo. En esta situación, “the problem vis-à-vis IHL is that military capability may not be sufficiently valued by the enemy leadership to force their hand by holding it at risk. In such cases, the logically remedy may be to strike something which is not military by nature”,<sup>628</sup> dejando a un lado los preceptos humanitarios del *jus in bello*, contruidos para mantener la delicada balanza entre las consideraciones humanitarias y la necesidad militar.

En una guerra convencional, una confrontación abierta que se ajuste a las leyes y costumbres del derecho de guerra no es ningún problema porque los dos actores estatales poseen recíprocamente la misma intención de debilitar las fuerzas opositoras y, además,

---

<sup>627</sup> Schmitt, ‘Asymmetrical Warfare and International Humanitarian (supra nota 612) 37.

<sup>628</sup> Ibid. Robert Pape, citado en Schmitt, ‘Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law’ (supra nota 612) distingue tres tipos de operaciones militares coercitivas. El primer tipo corresponde a operaciones militares punitivas (Punishing coercive campaigns) que son la causa de sufrimiento a civiles “either directly or indirectly by damaging the state’s economy. Bombing, or naval blockades, can cause shortages of key supplies such as food and clothing or deprive residents of electric leadership to comply with demands or turn the population against that government”. El segundo tipo corresponde a operaciones coercitivas de riesgo (Risk coercion campaign) donde paulatinamente se degradan a civiles y a blancos de tipo económico, con el objeto de convencer al oponente de que “much more severe damage will follow if concessions are not made”. El tercer tipo concierne a operaciones de coerción de negación (denial coercion campaigns), diseñadas para atacar “the opponent’s military ability to achieve futile expenditure of further resources”.

poseen las mismas estructuras para batallar, el ejército. En contraste, estas posibilidades son inconcebibles en un escenario donde una de las partes es difusa. En este contexto, es de utilidad cuestionarse cómo descubrir y destruir a un enemigo oculto entre la población civil, sin que su destrucción resulte en daños colaterales excesivos. Esta situación representa un reto para la implementación del DIH. La misma pregunta debe formularse con relación al actor más débil: ¿cómo alcanzar y atacar objetivos militares legítimos muy bien protegidos sin causar daños desproporcionados y sin usar a la población civil para sobrevivir? Reiteramos que la respuesta para estos dos cuestionamientos es la misma y ya ha sido expuesta.

Ahora bien, vale cuestionarse la legalidad del resultado de las acciones de ambos actores. Si los ataques del actor estatal presumen de legalidad pues aquellos que sean desproporcionados resultan en acusaciones de crímenes de guerra, mientras que los ataques el más débil en crimen de terrorismo, a pesar de que la intención de los ataques puedan ser los mismos. ¿Quiere decir este argumento que el DIH es basado en estándares dobles? Waltzer indica que en situaciones de conflictos asimétricos, donde el uso de EHI y tácticas de decepción es lo común, pues dichos actos no son actos de guerra sino una actividad diferente, actos de criminalidad común, o de asesinatos, de ahí que, a los asesinos no se les confiera las protecciones garantizadas a los combatientes según DIH.<sup>629</sup> Roberts concurre en el argumento. Para Roberts “Many wars (including some international ones) encompass situations in which organized armed forces under government control are in combat against lightly armed irregular forces, often termed ‘guerrillas’ or ‘terrorists’. In such situations forces representing governments frequently deny the right of their adversaries to participate

---

<sup>629</sup> Waltzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations* (supra nota 130) 183; nótese porque a Hamás no se le confiere legitimidad (supra nota 618).

in hostilities at all: rather, the insurgent forces are seen as criminals and outlaws. In asymmetric combat of this kind there are pressures on both sides to violate basic rules, or to regard them as not strictly applicable to the situation at hand. Often the irregular forces have little interest in observing the law, partly because they appear to have no chance of being treated upon capture as prisoners of war, and partly because their organization and targeting both depend on some blurring of the crucial distinction between soldiers and civilians”.<sup>630</sup> En relación a estas dos últimas afirmaciones cabe preguntarse, si la guerra asimétrica corresponde a actos de asesinatos, para emplear la terminología de Waltzer, y no jurídicamente como guerra en sentido estricto o clásico,<sup>631</sup> entonces ¿cómo afecta este cambio nocional el estatus jurídico de los actores según el DIH? Si esta cuestión se nos presenta como un problema, ¿quiere decir que criminales, por ejemplo, terroristas, deben de ser procesados judicialmente fuera del marco jurídico de las Convenciones de Ginebra y los Protocolos Adicionales?

Ya hemos de manera efímera respondido a estas preguntas. No obstante, ahora debemos de darles un poco de más cuidado a las respuestas para observar si la diferencia de estatus jurídico es un malestar sintomático de las patologías inherentemente intrincadas en la estructura normativa del DIH.

---

<sup>630</sup> Adam Roberts, 'The Equal Application of the Laws of War: A Principle under Pressure' (2008) (90)(872) International Review of the Red Cross 931, 948 <<http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-872-roberts.pdf>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>631</sup> Véase el capítulo I de esta tesis.

#### 4.3.2 Combatientes contra Criminales: ¿Reciprocidad en el *Jus in Bello*?

Ahora reflexionemos sobre esta dualidad conceptual irreconciliable en el DIH y, para lo cual, debemos de traer a colación varios argumentos íntimamente relacionados. Diseccionémoslos por separado pero sin perder la interrelación entre los mismos.

Para empezar, pensemos en el ataque al Centro Mundial de Comercio de Nueva York ocurrido el 11 de septiembre de 2001, a Madrid el 11 de marzo de 2004 o a Londres el 7 de julio de 2005. ¿Fueron esos ataques actos de guerra o actos de crimen? Nos formulamos esta interrogación porque la caracterización legal que se confiera a esos actos de violencia, sea con ello que los consideremos como actos de guerra o de crimen, afectaría normativamente la condición de esos actores y los actos ejecutados. Pues bien, si los determinamos como actos de guerra, en el sentido clásico, la maquinaria jurídica del derecho interno es irrelevante para juzgar a los actores no estatales. Si al contrario, estos ataques son considerados actos de guerra, por consiguiente, el actor estatal activa el Artículo 51 de la Carta de la ONU para autodefenderse, y legítimamente atacar a los objetivos militares del opositor. La vicisitud obvia que confronta el actor estatal es que, en casos como los antes citados no hay realmente blancos militares que atacar, y los actos fueron cometidos en tiempo de paz. El Artículo 51 es una excepción al Artículo 2(4) de la Carta. El precepto sanciona el uso de la fuerza de un Estado contra otro pero dejándose fuera de esta prohibición a los actores no estatales. Esta cuestión que contrasta con “las normas de DIH aplicables a los conflictos armados que exigen la existencia de partes identificables (Estados o grupos armados con organización militar y estructura de mando,

calificados como parte adversa a la gubernamental en los conflictos internos)”.<sup>632</sup> Esta idea, no es nada nueva y no agrega nada a nuestros argumentos. Sin embargo, debemos amplificar que, si esas acciones las estipulamos como actos de guerra pues tales acciones no pueden ser desligadas de dos cuestiones fundamentales: primero, de “la consecuencia legal...de considerar la lucha contra el terrorismo como una “guerra” [porque] no puede ser otra que la de otorgar la igualdad de derechos y protección a todas las partes en el conflicto armado, pues el DIH no puede concebir la existencia de guerras donde una parte tenga todos los derechos y se nieguen éstos a la otra parte”.<sup>633</sup> Considerar el hecho de que a actores no estatales se les confiera igualdad de derechos y protecciones es una posición difícil de ser considerada, debido a que el DIH, como *corpus juris*, ha sido construido de manera estado-céntrica.<sup>634</sup> Por consiguiente, como analizaremos con detalle más adelante, las garantías fundamentales garantizadas a civiles son cuestionables cuando éstas deben ser transferidas y garantizadas a actores no estatales, como terroristas y otros grupos irregulares; proveer el estatus de prisionero de guerra a estos actores, y con ello el consecuente derecho de inmunidad frente a procesamiento judicial es refutado por los Estados, sustentándose plausiblemente en razones de seguridad y cuestionamiento al monopolio del uso de la fuerza.

Segundo, la impugnación de acciones hostilices ejecutadas por los actores no estatales no podría considerarse clásicamente como guerra, a nuestro juicio, porque tal determinación sería incongruente con el famoso principio de reciprocidad, cuya obligatoriedad demanda

---

<sup>632</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Introducción’ Instituto Español de Estudios Estratégicos, *La Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional*, Cuadernos de Estrategia 133/2006, 26  
<[http://www.portalcultura.mde.es/Galerias/publicaciones/fichero/CE\\_133.pdf](http://www.portalcultura.mde.es/Galerias/publicaciones/fichero/CE_133.pdf)> accedido el 6 de mayo de 2012.

<sup>633</sup> Ibid 26.

<sup>634</sup> Para un análisis más detallado véase Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law* (supra nota 418).

igualdad de las partes en un conflicto entre Estados respecto al *jus in bello*.<sup>635</sup> A la luz de este argumento, Mangas Martín continúa muy bien sugiriendo que “ese principio de igualdad entre las partes ha tenido su marco tradicional en los conflictos armados internacionales y es también trasunto en el derecho de guerra de la igualdad jurídica de los Estados, principio fundamental de derecho internacional... Ese principio de igualdad ante el derecho humanitario significa que en un conflicto armado interno que no solamente están obligados las autoridades civiles y militares del Estado a otorgar un trato humanitario a los rebeldes, y cuidar y respetar a los heridos, sino que idénticas obligaciones tienen los rebeldes, que deberán respetar y tratar dignamente a los miembros de las fuerzas armadas que capturen, a la población civil, a los heridos, etc”.<sup>636</sup> No tenemos problema alguno para aceptar la veracidad de las proposiciones que Mangas Martín sugiere. En efecto, el principio de reciprocidad tradicional colectivamente comprende a dos Estados beligerantes que a través de sus combatientes, siguen un patrón estratégico igual y ajustado a los requerimientos del DIH. La declaración oficial de guerra es un requisito de ese principio pero se prescinde de esa declaración si las hostilidades armadas ya han comenzado. Asimismo, aceptamos la transposición del principio de reciprocidad a conflictos internos que se categoricen como guerras de liberación nacional ya que, aunque los actores opositores a los Estados no sean estatales, éstos, según el Artículo 1(4) del PAI, reciben un

---

<sup>635</sup> Mangas Martín (supra nota 21) 80. Este argumento coincide con lo sugerido por Rodríguez-Villasante (supra nota 632).

<sup>636</sup> Ibid. François Bugnion, concurre de alguna manera, “the principle of the equality of the belligerents before the laws and customs of war must be upheld. Its application corresponds to a requirement of humanity because the principle of humanity insists on respect for the victims of war in all circumstances, irrespective of the side to which they belong. It corresponds to a requirement of public policy in as much as only the application of this principle can prevent unrestrained violence”; véase François Bugnion, ‘Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law’ (2002)(84)(847) International Review of the Red Cross 1, 18 <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/5flct4.htm>> accedido el 7 de mayo de 2012.



estatus equivalente al de combatiente en conflictos armados de carácter internacional;<sup>637</sup> siempre y cuando, bajo la estipulación contenida en el Artículo 96(3) del ese instrumento, esos actores manifiesten al CICR su decisión de cumplir con las disposiciones del DIH.<sup>638</sup> En este último caso teóricamente la implementación del principio de reciprocidad no es de mucho problema porque los actores no estatales deben de ajustarse a las condiciones típicas de la beligerancia para legitimarse en el sistema internacional, y dar consistencia, y fuerza, a sus reclamos de autodeterminación. Así, dentro del orden legal internacional que corresponde al de la guerra, y que consagra el principio de reciprocidad, los combatientes pueden matarse mutuamente y destruir blancos que contribuyan a los esfuerzos de la guerra. La consecuencia normativo-práctica de clasificar a ciertos actos hostiles como guerra, en el sentido clásico, es que los combatientes que los ejecutan reciben el derecho correspondiente de ser tratados como prisioneros de guerra. El estatus de prisionero de guerra implica jurídicamente que los combatientes gozan de inmunidad judicial, por tanto, no pueden ser procesados ni castigados penalmente por haber participado en las actividades armadas. Además en caso de ser detenidos deben ser liberados inmediatamente después de la finalización de la guerra.

---

<sup>637</sup> Ibid. Este precepto normativiza que “Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”; véase PAI, Art. 1(4).

<sup>638</sup> PAI, Art. 96(3) regula que “La autoridad que represente a un pueblo empeñado contra una Alta Parte contratante en un conflicto armado del tipo mencionado en el párrafo 4 del artículo 1 podrá comprometerse a aplicar los Convenios y el presente Protocolo en relación con ese conflicto por medio de una declaración unilateral dirigida al depositario. Esta declaración, cuando haya sido recibida por el depositario, surtirá en relación con tal conflicto los siguientes efectos: a) los Convenios y el presente Protocolo entrarán en vigor respecto de la mencionada autoridad como Parte en conflicto, con efecto inmediato; b) la mencionada autoridad ejercerá los mismos derechos y asumirá las mismas obligaciones que las Altas Partes contratantes en los Convenios y en el presente Protocolo; y c) los Convenios y el presente Protocolo obligarán por igual a todas las Partes en conflicto”.

Sin embargo, el principio de reciprocidad es impugnado en el DIH cuando contextualizado en el teatro de una guerra asimétrica. En un conflicto asimétrico tenemos por un lado a una parte, combatientes, que teóricamente ejecutan las hostilidades armadas de acuerdo con las reglas y costumbres de la guerra y, por otro, a fuerzas irregulares que no poseen el estatus legal del combatiente, ni el correspondiente estatus de prisionero de guerra. Entonces, estamos en acuerdo con Pérez González cuando defiende que “no parece procedente en el plano jurídico calificar de “guerra” a la reacción de un Estado contra una organización terrorista que ha llevado a cabo acciones violentas -calificables de ataques- contra él, sus bienes, sus instalaciones y las personas bajo su jurisdicción. Si dicha reacción supone el uso de la fuerza dirigido contra un Estado acusado de dar apoyo o servir de refugio a los terroristas -abstracción hecha de las justificaciones en términos de *ius ad bellum*- sí se estará ante una situación de conflicto armado gobernada en cuanto tal por el DIH, como fue el caso de las operaciones militares llevadas a cabo bajo mando norteamericano en Afganistán a partir del 7 de octubre de 2001”.<sup>639</sup>

El principio de reciprocidad y la dinámica de retaliación han sido erosionados porque una de las partes carece del elemento de igualdad formal conferido para combatientes. También carece de las paridades tecnológicas que necesita para proyectar el poder, factores que demandan el principio de reciprocidad para ajustarse normativamente a los requerimientos de la guerra. Esta problemática se refleja en la disimilitud de los métodos y medios de ataque empleados por los actores. Schindler esquematiza perfectamente este problema que confronta el DIH. Según Schindler, “the traditional law of war was...based on the

---

<sup>639</sup> Pérez González, ‘Terrorismo y Conflictos Armados. La Prohibición de los Actos Terroristas por el Derecho Internacional Humanitario’, en Instituto Español de Estudios Estratégicos, La Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional, (supra nota 632) 84.

expectation of reciprocity. Armed forces expected that they would lose their protection if they disregarded the rules of the law of war vis-à-vis their enemy. In the last few decades, however, the law of war has been transformed into a human rights-oriented law, with the result that reprisals have been prohibited. Reciprocity has therefore lost its relevance, especially in non-international conflicts. Implementation of international humanitarian law no longer depends on reciprocity, but on measures taken by the international community. Another factor which can undermine compliance with that law is the inequality of the means at the disposal of the parties to a conflict. If one party can rely on air power to combat its enemy, the other party, without similar resources, may be induced to resort to means contrary to international humanitarian law, such as terrorist attacks or other acts directed against civilians inside or outside its territory”.<sup>640</sup>

En este sentido, terroristas atacan a Estados, pero no son combatientes, por ejemplo, los luchadores de Al Qaeda, que no se incorporaron a las unidades militares, y como parte de las fuerzas armadas del gobierno de los Talibanes, según el Artículo 4(a)(2) de la Tercera Convención de Ginebra.<sup>641</sup> Aclaremos un poco más este argumento. Si implementáramos el principio de reciprocidad a actores no estatales escondidos entre la población civil inocente, por ejemplo a terroristas de Hezbollah que reciben el apoyo de toda la población civil, entonces los luchadores de Hezbollah tienen el derecho de matar a los combatientes de las FDI que combaten en uniformes, por tanto, fácilmente de distinguir y atacar. En otras palabras, el principio de reciprocidad funciona en correlación con el principio de distinción.

---

<sup>640</sup> Schindler, 'The Significance of the Geneva Conventions for the Contemporary World' (1999) (839) International Review of the Red Cross <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq6t.htm>> accedido el 7 de mayo de 2007.

<sup>641</sup> George H. Aldrich, 'The Taliban al-Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants' (2002) 96 American Journal of International Law 891, 893.

En contraste, ¿a quién tiene derecho de atacar las FDI? ¿A toda la población palestina como una reducción al absurdo? Ejecutar operaciones militares proporcionalmente contra fuerzas irregulares es una tarea muy difícil de ser llevada a cabo, debido a que estos últimos, al dislocar el principio de distinción, escondiéndose entre civiles inocentes, inducen ambivalencias al determinar amenazas. Demostrando, rebeldes somalíes escudados entre mujeres y niños atacaron a fuerzas de la ONU y estadounidenses en septiembre de 1993. Helicópteros estadounidenses, sin determinar exactamente el blanco, disparaban a la multitud. Italia, entre otros miembros de la coalición militar atribuyó falta de proporcionalidad a la respuesta estadounidense. En defensa de esta imputación el portavoz para asuntos militares de la ONU, David Stockwell, replicó que “in an ambush there are no sidelines for spectators”.<sup>642</sup> Israel enfrenta una situación similar con relación a destruir terroristas usando los asesinatos selectivos. En este caso debemos cuestionarnos, ¿son los asesinatos selectivos realizados por Israel aceptables como método legítimo de guerra, a la luz del principio de reciprocidad, sin con ello lo que se busca es preservar el principio de distinción? Es claro que Israel legalizó los asesinatos selectivos contra sospechosos de terrorismo y no contra combatientes *de jure*. La cuestión resultante es preguntarse si los asesinatos selectivos son justificados contra no combatientes de acuerdo con las estipulaciones del DIH. Rodríguez-Villasante, en acuerdo con Gasser, conjetura que los asesinatos selectivos no pueden justificarse puesto que sospechosos de terrorismo son personas protegidas por el DIH.<sup>643</sup> ¿Es, entonces, una reducción al absurdo inferir que, el DIH ampara la violencia ejecutada por actores no estatales, como terroristas, contra los actores estatales? Una posible interpretación de la cuestión es que, si la situación es así, y

---

<sup>642</sup> Leslie Crawford, ‘Unrepentant Peacekeepers Will Fire on Somali Human Shields’, *Financial Times*, London, 11 September 1993, 4.

<sup>643</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Introducción’ (supra nota 632) 26.

sin pensar de mala fe, por consiguiente, este desequilibrio normativo facilita contraproducentemente ventajas a los actores estatales para que vulneren la implementación del DIH. En este sentido, Israel tomó la ventaja de legalizar los asesinatos selectivos. Después de todo el DIH es una estructura estado-céntrica, fundamentado en nociones de ‘justicia’.<sup>644</sup>

Una segunda alternativa de la cuestión, un poco más positiva, es pensar el siguiente argumento: para excluir a civiles de la participación directa de las hostilidades o, cambiar el estatus legal de individuos una vez que participan directamente en la violencia armada, la integridad del principio de distinción es preservada genuinamente para civiles inocentes. Esta interpretación abre las puertas para que, entonces, los actores no estatales, como terroristas, que vulneran al DIH sean destruidos sin temor a acusaciones.

A como hemos constatado, estas son ambivalencias que reflejan áreas grises del derecho internacional, en particular cuando ello involucra a garantías fundamentales que deben ser ofrecidas a grupos que actúan contraviniendo la naturaleza misma del DIH, y que ponen en peligro la protección legítima a la que la protección civil inocente tiene derecho. Frente a este horizonte, nos encontramos con los dos órdenes legales ya mencionados, interactuando ambiguamente en una misma situación de hostilidad, y que involucran las garantías de los actores no estatales. En otras palabras, “Are we talking about a ‘war on terror’ to be pursued according of criminal activity that should be managed according to a law-enforcement model? Or perhaps we should be thinking of a new phenomenon, not

---

<sup>644</sup> Greenwood, ‘The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium’ in M.N. Schmitt, & L. Green (Editors), *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium* (US Naval War College 1998) 190.

adequately covered by either legal regime, so that a new, mixed legal regime should be devised”<sup>645</sup>.

Regresando a la cuestión del crimen. Si el orden legal internacional referente a la guerra no es implementable a terroristas, entonces el orden legal alternativo que debe ser activado es el derecho interno de los Estados. En el primer orden legal, los combatientes no son sospechosos, y no pueden ser arrestados, puesto que gozan de inmunidad frente a procesamiento penal. En caso de detención, la detención es temporal, a menos que los detenidos hayan cometido crímenes de guerra. En contraste, en el orden legal interno de los Estados, los actos de agresión cometidos por fuerzas irregulares, o combatientes sin privilegios, constituyen un crimen que debe ser castigado. ¿Qué relación tienen estos razonamientos con el principio de proporcionalidad? Pues bien, si por ejemplo, debemos discernir la norma de la proporcionalidad en el contexto de las guerras asimétricas, pues entonces debemos de considerar a esos conflictos normativamente como guerras y no como actos de criminalidad común. En otras palabras, somos de la opinión de que, los Estados se aproximan militarmente a tácticas asimétricas como terrorismo, empleando el paradigma tradicional de la guerra convencional, mientras al mismo tiempo tratan como criminales a los actores no estatales, fuera del ámbito normativo del DIH. ¿Cómo se podría discernir e implementar la norma de la proporcionalidad en dos paradigmas estratégicos diferentes operando en una misma situación de conflicto?

En consecuencia, a nuestro juicio, el DIH confronta ambigüedad entre lo que constituye el ámbito de la guerra y la del crimen mismo. Regresando al caso de los ejemplos anteriores,

---

<sup>645</sup> David Kretzmer, 'Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence' (2005) 16(2) *European Journal of International Law* 171, 201-203  
<<http://207.57.19.226/journal/Vol16/No2/art1.pdf>> accedido el 7 de mayo de 2012.

los ataques fueron actos de terrorismo, perpetrados por individuos. La ambivalencia que se nos presenta es que, si esos terroristas que cometieron las atrocidades deben ser tratados como ‘combatientes enemigos’, sujetos a procesamiento criminal, o si deben ser tratados como civiles que deben ser protegidos contra los peligros de la guerra. Ahora bien, si el modelo de respuesta que se toma para esos actos es uno de guerra entonces ¿deben ser esos individuos tratados como prisioneros de guerra? Los ataques, ¿son un crimen que demanda la implementación del derecho interno? o ¿fueron ataques que demandan una declaración de guerra? Las preguntas son innumerables y las respuestas ciertamente oscuras. Fletcher<sup>646</sup> nos ejemplifica esta cuestión, al aclarar que los Estados Unidos fusionaron estos dos paradigmas: el empleo de tribunales militares para procesar y castigar a combatientes ilegales como si fueran criminales.<sup>647</sup> Esta carencia de claridad conceptual entre la esfera de la guerra y la del crimen deber de tener efectos contraproducentes con relación al cumplimiento de los principios constitutivos del DIH.

#### 4.3.3 Desequilibrios Normativos como Incentivo de Incumplimiento con el DIH

Aquí llegamos a una implicación teórica que debemos explorar, y que se desprende de los argumentos explicados inmediatamente arriba. Recapitulemos lo que ya hemos mencionado, para construir nuestros argumentos, sustentándonos en las acertadas sugerencias de Roberts. Roberts sugiere “[that] many wars (including some international

---

<sup>646</sup> Véase, George P. Fletcher, ‘Hamdan Confronts the Military Commissions Act of 2006’ (2007) 26 Columbia Journal of Transnational Law 427, 427-447.

<sup>647</sup> Ibid. La introducción dice lo siguiente: “In 2006 the law of war experienced two major shock waves. The first was the decision of the Supreme Court in Hamdan, which represented the first major defeat of the President’s plan...to use military tribunals against suspected international terrorists. The majority of the Court held the procedures used in the military tribunal against Hamdan violated common article three of the Geneva Conventions. A plurality of four [judges] based their decision as well, on a far-reaching interpretation of the substantive law of war. They held that conspiracy to commit terrorist acts did not fall under the customary international law of war”.

ones) encompass situations in which organized armed forces under government control are in combat against lightly armed irregular forces, often termed ‘guerrillas’ or ‘terrorists’. In such situations forces representing governments frequently deny the right of their adversaries to participate in hostilities at all: rather, the insurgent forces are seen as criminals and outlaws. In asymmetric combat of this kind there are pressures on both sides to violate basic rules, or to regard them as not strictly applicable to the situation at hand. Often the irregular forces have little interest in observing the law, partly because they appear to have no chance of being treated upon capture as prisoners of war, and partly because their organization and targeting both depend on some blurring of the crucial distinction between soldiers and civilians”.<sup>648</sup> Aquí nos focalizaremos en el primer aspecto que nos interesa e indicado por Roberts, esto es, negar el estatus de prisionero de guerra al actor no estatal, incentivo para que este actor evada su cumplimiento con las normas del DIH. Efectivamente los principios constitutivos del DIH garantizan privilegios e incluyen sanciones para combatientes, y no combatientes, en situaciones de conflictos internacionales y de carácter interno. La protección dispensada para la población civil es una constante normativa sin importar la calificación jurídica que se determine para un determinado conflicto. No obstante, las garantías y privilegios conferidos exclusivamente para los combatientes no son extensibles a individuos que, como terroristas, luchan ilegalmente en conflictos asimétricos. La ejecución de estas garantías, a como sugerimos con antelación, depende de la caracterización jurídica que se determine para un conflicto dado. Dentro de este contexto, basta observar el lenguaje de las Convenciones de Ginebra para indicar que esos instrumentos califican como crimen de guerra sus infracciones graves, como por ejemplo “homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los

---

<sup>648</sup> Roberts, ‘Air Power, Accuracy, and the Law of Targeting: Why No Brave New World?’ (supra nota 624).



experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificados por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”.<sup>649</sup> Los Estados tienen responsabilidad de penalizar estos actos antijurídicos bajo la noción de infracciones graves. En contraste, estos mismos actos ilícitos cuando cometidos por combatientes no privilegiados no son procesados necesariamente de la misma manera por el derecho interno de los Estados. Es inclusive dudoso que el Artículo Común 3 a las Convenciones de Ginebra sea implementable para actores no estatales que por sus características, son *de facto*, pero no *de jure*, combatientes. Nuestra conjetura es que por ser considerados como criminales bajo el derecho interno de los Estados, y no reunir los elementos constitutivos del combatiente, como inferencia lógica, esos actores carecen de protecciones claras, específicas y concretas conferidas por el DIH. El Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra, más bien es un paliativo normativo que funciona como garantía supletoria, auxiliar y general para la carencia de las protecciones más amplias concerniente a combatientes ilegales en el DIH.<sup>650</sup> En este sentido estos actores reciben protección humanitaria mínima.

A esta plasmación, debemos agregarle el hecho de que las consideraciones humanitarias realmente no son un elemento de disuasión contra el uso de la fuerza de los Estados, en particular, si el oponente que confrontan no reciproca de la misma manera. Este reto normativo es correctamente sugerido por Benvenisti: “the first normative challenge is posed by the assumption of equality of arms, an unrealistic assumption in most

---

<sup>649</sup> Primer Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, Art. 50(2).

<sup>650</sup> Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict* (Cambridge University Press 2002) 232.

[asymmetric] armed conflicts. The laws of war inherently favour the stronger army which is capable of striking the military assets of its weaker adversary, while the adversary is unable to reciprocate in kind. The weaker party is expected to play by the rules that predetermine its defeat. The burden of obeying the law rests on the shoulders of the weaker side, who is likely to find such law morally questionable and certainly not worthy of compliance, all the more so if -as is often the case- the powerful side happens to be (or is regarded by the weak opponent as) the aggressor....The assumption of the equality in arms is maintained despite the fact that the traditional *jus in bello*, based on state consent, grants state actors the power to reject changes in the law that might limit their capabilities. This is most acutely demonstrated in the regulation of new weaponry. Usually it is the stronger, technologically advantaged regular army that develops and enjoys the advantage of using new weapons. That party will most likely refuse to outlaw new weaponry it holds exclusively...The weaker party that effectively has no voice in the regulation of new weaponry and has no access to such weapons sees the law as the dictate of the strong, designed to ensure its domination”.<sup>651</sup>

Sin esa reciprocidad que debería esperarse durante una guerra, la debida percepción de que el derecho está genuinamente al servicio de intereses humanitarios, y de que los desequilibrios normativos no se inclinan a favor de los Estados, no puede darse un cumplimiento voluntario con el DIH. Cumplimiento voluntario con las proscripciones jurídicas de ese cuerpo normativo desaparece cuando los actores no estatales observan la tesis explicada por Benvenisti como una realidad, mientras los Estados toman ventajas transgrediendo al DIH. Este desequilibrio debe ser percibido, de alguna manera, como

---

<sup>651</sup> Benvenisti, ‘The Legal Battle to Define the Law of Transnational Asymmetric Warfare’ (2010) 20 Duke Journal of Comparative & International Law 339, 343.

injusto por parte del adversario más débil.<sup>652</sup> En otras palabras, si el enemigo más débil sabe que no será tratado como prisionero de guerra, sino como un criminal, aún cuando posiblemente respete las proscripciones humanitarias, pues no tiene ningún incentivo para respetar las normativas impuestas por el sistema legal internacional.

Este desequilibrio normativo se arraiga aún más por el hecho de que los Estados, a como explicamos en el capítulo I, retienen el monopolio del uso legítimo de la fuerza, en consecuencia, no permiten que otros actores socaven esa legitimidad. Como inferencia lógica de este monopolio del uso de la fuerza los actores estatales niegan el estatus de prisionero de guerra a los actores no estatales, y la gracia de la legitimidad de que disfruta el combatiente. En realidad no parece existir tratado alguno que clarifique el estatus de personas que caigan fuera del de la dicotomía tradicional, por tanto con garantías de protección. Esta tesis encuentra apoyo en las premisas que Pérez González defiende y con la cual Rodríguez -Villasante concurre.<sup>653</sup> Así, “El...Derecho de la guerra presupone para su implementación...la existencia de partes en conflicto identificables al efecto de hacer valer entre ellas el principio de la igualdad de derechos y obligaciones derivados de las reglas del *ius in bello*, [y] que no pueden existir guerras en las que un bando tiene todos los derechos y el otro no tiene ninguno. Partiendo de esta consideración, se ha sostenido con razón que implementar la lógica de la guerra o del conflicto armado a toda violencia surgida entre Estados y redes o grupos terroristas transnacionales supondría que a dichas redes o grupos se les debería atribuir los mismos derechos y obligaciones que, en virtud del [DIH], se atribuyen a los Estados que los combaten, cosa que los Estados no parecen estar

---

<sup>652</sup> Percepción que agrava la violencia.

<sup>653</sup> Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Introducción’ (supra nota 632).

dispuestos a aceptar”.<sup>654</sup> Por consiguiente, “cualquier intento de aplicar expansivamente la noción de guerra a situaciones que no encajan en la implementación del Derecho de los conflictos armados resultaría extremadamente peligroso en la medida en que ciertas formas de violencia ejercidas por actores no estatales, que de otro modo se considerarían criminales, podrían devenir legítimas... en tiempo de guerra: “Aplicar el estatus de guerra y el Derecho de la guerra...a la violencia armada situada por debajo del nivel de la insurgencia puede tener la indeseada consecuencia de legitimar otros actos hostiles e inmunizarlos contra su persecución”.<sup>655</sup>

En fin, de las anteriores consideraciones podemos extraer al menos tres conclusiones válidas. En primer lugar, el estatus de los actores no estatales es dudoso en el DIH, debido a que ese cuerpo normativo ha sido construido sobre el entendimiento de que toda persona en un conflicto armado pertenece única y exclusivamente a una de las dos categorías antagónicas tradicionales. En conexión, es claro que hostilidades manifestadas por actores no estatales contra Estados son calificadas de terrorismo. Pero “con las pruebas de que habitualmente se dispone, no es posible calificar categóricamente a esos grupos o redes como partes” en un conflicto, en el sentido del [DIH]”.<sup>656</sup> El DIH demanda que las partes involucradas en un conflicto internacional o interno sean identificables, reúnan las condiciones de la beligerancia y cumplan con las normas humanitarias de ese régimen legal. En contraste, dado a que una de los actores envueltos en un conflicto asimétrico cuyo

---

<sup>654</sup> Pérez González, ‘Terrorismo y Conflictos Armados. La Prohibición de los Actos Terroristas por el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 639) 85.

<sup>655</sup> Ibid 86. Pérez González sustenta su argumento amparado en los razonamientos de Jordan J. Paust, ‘There is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11th’ (2002) ASIL Law Task Force on Terrorism Force Papers Terrorism/2006, 3 <<http://www.asil.org/taskforce/paust.pdf>> accedido el 31 de mayo de 2012.

<sup>656</sup> CICR, ‘Derecho Internacional Humanitario y Terrorismo: Respuestas a Preguntas Claves’ (2004) <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/faq/5yyqg4.htm>> accedido el 1 de mayo de 2012.

estatus es ambiguo, además de que, a como Arnold sugiere, ejecutar “actos de violencia indiscriminada, desproporcionada e innecesaria dirigidos a crear un temor intenso en relación con objetivos inocentes (normalmente la población civil) y con el propósito de coaccionar a la parte adversa para satisfacer un petición política”,<sup>657</sup> pues ese actor no encaja típica o legalmente dentro del significado de guerra o conflicto armado establecido por las Convenciones de Ginebra y los Protocolos Adicionales. En este contexto, no queda otra alternativa más que procesarlos como criminales por el derecho interno, para lo cual los beneficios extensos conferidos a civiles inocentes durante la guerra son cuestionables. Habiendo dicho esto, en este orden legal del derecho interno, las protecciones a esos actores son más bien regidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Segundo, aún cuando a los actores no estatales sean calificados como terroristas y reciban beneficios de protección, contenidos en el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra, esos beneficios son mínimos, cuando contrastados con los más amplios que reciben los combatientes. Aún más, la implementación de este régimen depende de la interpretación que los Estados determinen legalmente para un conflicto dado. En otras palabras, los Estados determinan si un conflicto que involucra a actores no estatales debe ser parte o no de la beligerancia. Igualmente, los Estados podrían decidir que no existe legalmente una situación de beligerancia y que, en vista de la carencia de ésta, el Artículo Común 3 no es implementable, en consecuencia, alegando que los actores no estatales, como terroristas, no deben de ser tratados según lo establecido en esa disposición. Para ilustrar, en el contexto de la guerra del terror entre los Estados Unidos y Al Qaeda, en Afganistán, “[initially] according to the US, neither captured Taleban nor Al Queda are

---

<sup>657</sup> Roberta Arnold, ‘The ICC as a New Instrument for Representing Terrorism’ (Transnational Publishers 2004) citada en Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Introducción’ (supra nota 632) 34-35.

entitled to POW Status. While the Third Geneva Convention applies to the former, as the US recognises that there was an armed conflict involving two parties: it and Afghanistan, they have forfeited their protection by violating humanitarian law and associating themselves with Al Qaeda and, further, through their failure to comply with the conditions of combatancy set out in Article 4 of the Third Convention. They are thus ‘unlawful combatants’. The Third Geneva Convention [which includes obviously Common Article 3] does not apply to Al Qaeda, who is also considered ‘unlawful combatants’. This executive decision to consider all detainees as unlawful combatants, with no legal rights but who will be treated humanely, is supposed to settle the matter”.<sup>658</sup>

Con estas ideas ilustramos que lo que resulta es un desequilibrio normativo, que desde la perspectiva de los actores no estatales, es injusto. A su vez, esta percepción negativa sobre la implementación del DIH por parte de los Estados, conlleva a que los enemigos más débiles ignoren las obligaciones humanitarias con las que normativamente deben de cumplir, como respetar los principios consuetudinarios de distinción y de proporcionalidad, y sobre los que el principio de reciprocidad se predica.<sup>659</sup> Estos actores no tienen ningún incentivo para ajustarse a los principios constitucionales del DIH si no reciben

---

<sup>658</sup> Avril McDonald, ‘Defining the War on Terror and Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich (ICRC 2002) <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/5p8avk.htm>> accedido el 7 de mayo de 2012. Aclaremos que “Al Qaeda, [as a non-State actor] is not legally competent to declare war on a State, so the attacks of September 11 could not have initiated an international armed conflict. Since their crimes in attacking the World Trade Centre and Pentagon were not committed in the context of an armed conflict, they are not war crimes within the meaning of the Geneva Conventions”; *ibid.* En el caso que nos concierne, la Corte Suprema de los Estados Unidos posteriormente rechazó la lógica del gobierno estadounidense de no implementar el Artículo Común 3 a miembros de Al Qaeda. Específicamente en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, la Corte falló que se debía garantizar protección mínima a esos individuos, sin importar que sean nacionales de una Parte signataria, o no, a las Convenciones de Ginebra; véase el caso en Supreme Court of The United States: ‘*Hammsfeld vs. Rumsfeld, Secretary of Defense, et. al., The United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 05–184, argued 28 March 2006*) <<http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>659</sup> Véase Meron, *The Humanization of Humanitarian Law* (2000) 94(2) American Journal of International Law 239, 243-247.

recíprocamente los beneficios de los combatientes. El reto para el DIH frente a esta situación es como armonizar intereses irreconciliables; tenemos justamente a los Estados que se reservan el derecho de codificar, interpretar e implementar la ley, y que defienden que la violencia de sus oponentes no estatales es terrorismo, por tanto, mantienen que no hay que legitimarlos para conferirles los derechos y protecciones consagrados en la maquinaria legal del DHI. Así que, las bases conceptuales que los Estados usen para la implementación de derechos y protecciones dependen de la caracterización jurídica que establezcan para un conflicto dado. Esta proposición nos lleva directamente a la tercera conclusión.

En tercer lugar, debido a que los Estados se reservan el derecho a la caracterización legal de un conflicto dado, entonces, esa discreción necesariamente tiene implicaciones con respecto a la uniformidad de implementación de los instrumentos normativos del DIH. En este respecto, y en lo referente al crimen de guerra, por ejemplo, las Convenciones de Ginebra y el PAI santifican conceptualmente la noción de infracciones graves para incluir *inter alia* homicidio intencional, tortura, toma de rehenes, hacer objeto de ataque a la población civil o a persona civiles, uso de escudos humanos, etc. Sin embargo, estas mismas violaciones denominadas infracciones graves<sup>660</sup> no son calificadas, a nuestro juicio, de la misma manera en conflictos internos; ni para qué complicar aún más la cuestión agregando el adjetivo ‘asimétricos’. Una infracción es una “transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado, o de una norma moral, lógica o doctrinal”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.<sup>661</sup> El Artículo Común 3 y el PAII, implementables en

---

<sup>660</sup> Véanse los Arts. 50, 51, 130 y 147, respecto a las infracciones graves, correspondientes a las Cuatro Convenciones de Ginebra.

<sup>661</sup> Diccionario de la Real Academia Española (infra nota 5).

conflictos de carácter interno consideran a esas mismas infracciones graves como prohibiciones.<sup>662</sup> Empero que una prohibición significa, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, “vedar o impedir el uso o ejecución de algo”.<sup>663</sup> A pesar de que la prohibición se refiere, en esencia, a los mismos actos de depravación, el peso de la primera definición es mucho más enfático y, de contenido connotativo más resaltante, especialmente una vez que adjetivamos de graves a esas infracciones. La supeditada consecuencia jurídica de esta dualidad conceptual entre infracciones graves y prohibiciones se refleja, en nuestra opinión, en la divergente responsabilidad de criminalizar, procesar, penalizar y extraditar a personas por actos ilícitos, aún cuando la opinión de los expertos sea contraria.<sup>664</sup> Así, las Convenciones de Ginebra y el PAI regulan que las consecuencias por infracciones graves a esos instrumentos resultarán en el deber de los Estados de criminalizar esas infracciones, bajo el derecho interno, y establecer las bases del principio de jurisdicción universal,<sup>665</sup> de tal manera que todos los Estados signatarios de esos instrumentos puedan, bajo ese principio, procesar a los infractores de esos instrumentos.

En contraste a las más amplias y detalladas protecciones contenidas en las Convenciones de Ginebra, el Artículo Común 3 y del PAII, son un ámbito reducido con relación a las más

---

<sup>662</sup> Véase el PAII, Art. 4(2), referente a las acciones que “quedarán prohibidas en tiempo de guerra” para proteger “las garantías fundamentales” de las víctimas de los conflictos armados de carácter interno.

<sup>663</sup> Diccionario de la Real Academia Española (supra nota 5).

<sup>664</sup> Meron, ‘The Humanization of Humanitarian Law’ (supra nota 659).

<sup>665</sup> El principio de jurisdicción universal será analizado en el siguiente capítulo de esta tesis. De momento aquí es de interés indicar que las Convenciones de Ginebra proveen, a nuestro juicio, bases para el principio de jurisdicción universal; véase Pueyo Losa, ‘El Principio de Jurisdicción Universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional’ (supra nota 165) 183; Xavier Philippe, ‘Los Principios de Jurisdicción Universal y Complementariedad: Su Interconexión’ (2006) (862) *International Review of the Red Cross* 1, 1-27; Stephen Macedo, *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, (University of Pennsylvania Press 2003). No obstante, los Convenios de Ginebra establecen la obligación de los Estados de “tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el...Convenio...independientemente de la nacionalidad de los individuos que deben “comparecer ante los propios tribunales”; véase Primer Convenio de Ginebra, Art. 49; Segundo Convenio, Art. 50; Tercer Convenio, Art. 129; Cuarto Convenio, Art. 146.



amplias protecciones<sup>666</sup> consagradas en las Convenciones de Ginebra. Aún más, debido a que el Artículo 3 se refiere a prohibiciones, y no a infracciones graves, es posible que el Artículo 3 no sea implementado en ciertas circunstancias. Esa diferencia terminológica se presta para confusión, aún cuando los actos y protecciones sean los mismos. Cabe señalar también que, este instrumento carece de una definición de conflicto armado que no sea de índole internacional, en consecuencia, cualquier gobierno podría cuestionar su implementación.<sup>667</sup> Esta proposición es reforzada por el hecho de que solamente ciertas secciones del PAII, que complementan al Artículo Común 3, son consideradas como parte del derecho internacional consuetudinario.<sup>668</sup> En consecuencia, la consideración de cuáles preceptos son vinculantes dentro del derecho internacional consuetudinario es una cuestión de conjetura,<sup>669</sup> y que se presta para inconsistencias.

La solución a estas inconsistencias, para algunos expertos, es que las infracciones graves y a las prohibiciones sean calificadas de la misma manera. A *prima facie*, esta solución podría tener validez si tomamos en cuenta que esos instrumentos reflejan el mismo objetivo de protección a valores humanitarios. No obstante, el sentido común dicta<sup>670</sup> que los actores

---

<sup>666</sup> Meron, 'The Humanization of Humanitarian Law' (supra nota 659).

<sup>667</sup> Ibid 261.

<sup>668</sup> Sin embargo, se ha pensado que el Art. Común 3 es declaratorio de derecho internacional consuetudinario; véase Adam Roberts and Richard Guelff, *Documents on the Laws of War* (Oxford University Press 2000) 170. La CIJ expresó que este precepto es un estándar mínimo implementable en todos los conflictos armados; véase CIJ, *Caso de Nicaragua contra los Estados Unidos* (fallo) (1986) CIJ 14. Meron coincide en que "Article 3 may well express the quintessence of humanitarian rules found in other substantive provisions of the Geneva Conventions"; sin embargo, cuestiona que esa disposición haya alcanzado carácter consuetudinario; Véase Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Oxford University Press) 25-27. También informa que la CIJ no aclaró si *opinio juris* y la práctica generalizada de los Estados apoyan la cristalización del Artículo Común 3 como norma consuetudinaria, el caso de Nicaragua contra los Estados Unidos; véase Meron, *ibid*. En contraste Gasser defiende que el Artículo Común 3 es derecho consuetudinario, parte del *jus cogens* y, en consecuencia vinculante para todos los Estados; véase Gasser, 'A Measure of Humanity in Internal Disturbances and Tensions: Proposal for a Code of Conduct' (1988) 262 *International Review of the Red Cross* 38,44.

<sup>669</sup> Ibid.

<sup>670</sup> Decimos sentido común puesto que carecemos de evidencia empírica del argumento que indicamos.

no estatales que participan en conflictos asimétricos son redes difusas, cuyos luchadores dependen de las órdenes de un líder, al que le deben obediencia, y de la población civil para sobrevivir, a como hemos constatado. Por consiguiente, carecen de estructuras similares y de la disciplina de los ejércitos. Precisamente la falta de estos dos últimos elementos, en conjunción a las características intrínsecas de esos grupos es que impunidad e incumplimiento con los valores humanitarios del DIH ha llegado a ser la norma en los conflictos asimétricos actuales.

Es igualmente importante señalar que, el Artículo Común 3, no solo carece de una definición de conflicto armado, a como defiende Meron,<sup>671</sup> sino que, también, este sub-régimen legal se limita a invitar a que “las Partes en conflicto ha[gan] todo lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del...Convenio”.<sup>672</sup> Este precepto, en consecuencia, da la impresión de ser un exordio y no una obligación legal. Tampoco el precepto en cuestión concede a los actores no estatales el estatus de combatiente y su correspondiente privilegio de prisionero de guerra.<sup>673</sup> La situación es que “If compared to the situation under the law of international armed conflict, the absence of combatant status in non-international armed conflicts creates an imbalance between the parties under domestic law, with all its negative implications for compliance with the laws of armed conflict, which so fundamentally rests on the equality and reciprocal interests of belligerent parties. It reinforces the perception of state armed forces that they are engaging criminals who, unlike themselves, lack the right to fight, rather than engaging

---

<sup>671</sup> Meron, ‘The Humanization of Humanitarian Law’ (supra nota 659).

<sup>672</sup> Convenios de Ginebra, Art. Común 3.

<sup>673</sup> El PAII tampoco confiere el estatus de combatiente y de prisionero de guerra a los actores no estatales; véase M. Cherif Bassiouni, ‘The Normative Framework on International Criminal Law: Overlaps Gaps, and Ambiguities in Contemporary International Law’ in M.C. Bassiouni (Editor.), *International Criminal Law*, Transnational Publishers (Ardsley 2008).

“equals,” who represent a state and its government. Members of non-state armed forces, on the other hand, may be inclined to ask: “When compliance with the laws of armed conflict cannot keep me out of jail, why comply?” The imbalance between state and non-state armed forces...undermines the notion that legally equal parties are facing each other. It needs to be emphasised immediately, however, that this inequality of the parties to a non-international armed conflict is purely a matter of domestic law. In contrast, the laws of armed conflict grant equal rights to, and impose identical obligations on, all parties to an armed conflict”.<sup>674</sup> Los incentivos para que los actores no estatales actúen dentro de las fronteras establecidas por el DIH sencillamente no existen. Este argumento no debe interpretarse como que los instrumentos humanitarios del DIH hayan perdido su relevancia con relación a los conflictos armados actuales; *a contrari*, ahora es cuando más necesitamos de ellos.

#### 4.3.4 Las Convenciones de Ginebra: ¿El Colapso de la Barrera Normativa?

Muchas aserciones han sido construidas contra la relevancia de las Convenciones de Ginebra, en el contexto de los conflictos actuales, y debido a los desequilibrios antes explicados. En efecto, acusaciones han emergido, alegando que esos instrumentos son una reliquia de la era de la guerra interestatal, debido al surgimiento de la guerra asimétrica, y que, en consecuencia, no pueden ser usados como bases para determinar situaciones de conflicto en el *jus in bello*. Al respecto, por ejemplo, Benvenisti, defiende que las dos premisas sobre las que se levanta el edificio normativo del DIH, los principios de distinción y de proporcionalidad, se desvanecen debido a que ya no existen objetivos puramente

---

<sup>674</sup> Jan K. Kleffner, ‘From ‘Belligerents’ to ‘Fighters’ and Civilians Directly Participating in the Hostilities- the Principle of Distinction in Non-International Armed Conflicts One Hundred Years after the Second Hague Peace Conference’ (2007) 54(2) Netherlands International Law Review 315, 323.

militares, situación que impide a los ejércitos determinar con claridad campos lineales de batalla donde operar militarmente. Así, “in fact, as the 2003 invasion of Iraq showed, the relatively weaker army will try to reduce these arenas by reverting to guerrilla tactics. Moreover, it is no longer clear what can be considered military gain, especially since control over enemy resources and territory often proves to be a liability rather than an asset. Without tangible military goals, commanders are tempted to simply capture or kill as many of their opponents as possible, or to intimidate their opponents’ noncombatant constituency. Nonstate actors therefore pose a challenge that is fundamental to the vitality and content of the *jus in bello*”.<sup>675</sup> Gregory Rose agrega que, aunque las Convenciones de Ginebra y los Protocolos Adicionales fueron construidos sobre la base de principios morales perdurables, al mismo tiempo, esos instrumentos fueron cimentados sobre procesos políticos internacionales que reflejaban las actitudes del momento histórico en que fueron edificados. En consecuencia, no resulta sorprendente que esos regímenes no respondan totalmente a las realidades del presente siglo.<sup>676</sup> No obstante, discute Rose, las realidades del campo de batalla contemporáneo demandan nuevas preguntas en el derecho internacional,<sup>677</sup> a la luz del papel central que los actores no estatales juegan en las guerras actuales. La incertidumbre resultante del papel que juegan estos actores en los conflictos armados actuales es cuestionarse, si éstos deberían encuadrarse dentro de las Convenciones y, si esto

---

<sup>675</sup> Benvenisti, ‘Rethinking the Divide between Jus ad Bellum and Jus in Bello in Warfare against Nonstate Actors’ (2009) 34 Yale Journal of International Law 541, 543  
<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1403882](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1403882)> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>676</sup> Gregory Rose, ‘Updating International Humanitarian Law and the Laws of Armed Conflict for the Wars of the 21<sup>st</sup> Century’ (2007) 24(3) The National Journal of the Australia Defence Association 21, 21  
<<http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=lawpapers>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>677</sup> Ibid 21-22

es así, determinar cuáles son los consecuentes derechos que poseen.<sup>678</sup> Este problema específicamente resalta el anacronismo y las ambigüedades de las Convenciones, alega Rose.<sup>679</sup>

Nosotros compartimos la idea de que las Convenciones de Ginebra contienen, a como hemos constatado, ambigüedades y desequilibrios normativos. También aceptamos que los objetivos militares legítimos han sido erosionados por la guerra asimétrica, con lo cual, los actores no estatales, para compensar el déficit de poder reflejado en sus capacidades logístico-militares, expanden estratégicamente la plataforma del combate de forma atípica y donde se sitúan de acuerdo con su capacidad relativa de poder.<sup>680</sup> Carpenter aboga no solo por modernizar, o revivir, sino que inclusive expandir a las Convenciones de Ginebra para incluir a los actores no estatales.<sup>681</sup> Schmitt argumenta que “the Conventions and Protocols contain significant fault lines”, que limitan su efectividad en restringir la violencia de los conflictos actuales.<sup>682</sup> Por ejemplo, defiende Schmitt, “the first fault line appears during high order military operations against transnational terrorists, either in direct response to a terrorist campaign or following the defeat of a State participating in it. Neither the Conventions nor the Protocols anticipated this form of hostilities and neither would seem malleable enough to fit comfortably...[the] second fault line, albeit not new, lies in

---

<sup>678</sup> Ibid.

<sup>679</sup> Ibid.

<sup>680</sup> Ould Mohamedou, M-M.: ‘Non-Linearity of Engagement: Transnational Armed Groups, International Law, and the Conflict between Al Qaeda and the United States’ (Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research 2005) <<http://www.hpcrresearch.org/research/international-humanitarian-law-research-initiative>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>681</sup> Charli Carpenter, ‘Geneva 2.0’, (2008) 96 The National Interest <<http://nationalinterest.org/article/geneva-20-2494>> accedido el 7 de mayo de 2012.

<sup>682</sup> Schmitt, ‘Rethinking the Geneva Conventions’ (Crimes of War Project 2003) <<http://www.crimesofwar.org/expert/genevaConventions/gc-schmitt.html2003>> accedido el 5 de mayo de 2012.

application of the proportionality principle...<sup>683</sup> [and the] third fault line lies in the concept of military objective...formula [which] poses several impediments to objective application. For instance, when does an advantage become definite?”<sup>684</sup>

Observamos con simpatía estas preocupaciones, especialmente si, a primera vista, aceptamos que el actual existente cuerpo normativo del DIH no es muy efectivo en tratar con actores que actúan fuera de sus fronteras jurídicas. Es claro que los preceptos básicos del DIH contienen ambigüedades. No obstante, la barrera normativa impuesta por los instrumentos jurídicos humanitarios ha sido válida desde su concepción. Precisamente porque los conflictos asimétricos han señalado deficiencias, es que debemos ser tercos en aferrarnos a los instrumentos. Recordemos que la naturaleza permanente de los conflictos armados es la violencia. Mientras exista este flagelo, la necesidad imperativa de contravenirlo existirá. También debemos indicar que, las Convenciones de Ginebra no representan un compromiso entre las polaridades incompatibles de aceptar simplemente culpabilidad de quienes cometen atrocidades y el deber de protección de vidas de inocentes. Estos instrumentos fundamentalmente representan una reconocida universalidad de imponer restricciones al uso de la violencia con el objeto de limitar el sufrimiento humano. Las Convenciones necesitan de ser revisitadas. Sin embargo, los instrumentos son declaratorios en gran medida del derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, mucho de los principios consagrados en éstas se derivan, para usar el lenguaje del PAI, de las costumbres establecidas por la práctica internacional, de los principios de humanidad, y de los dictados de la conciencia pública. Estos son objetivos nobles que, aunque

---

<sup>683</sup> Ya explicado en el capítulo 3.

<sup>684</sup> Schmitt, 'Rethinking the Geneva Conventions' (supra nota 682).

tergiversados en conflictos, vinculan a las partes involucradas en un conflicto. Además de que demandan observar los principios de protección a inocentes.

Aún más importante, las Convenciones de Ginebra no carecen de relevancia solo porque el principio de reciprocidad no es esperado de los actores no estatales. En efecto, la naturaleza del terror ejecutado por los actores no estatales contra la población civil, y donde el principio de reciprocidad es colapsado, estimula aún más la necesidad de reforzar los instrumentos. En todo caso, la victoria no se obtiene solo por desplazar a más combatientes a centros urbanos, o al campo de batalla, para prevalecer si uno de las partes no reciproca de la misma manera. Todo lo contrario, en conflictos asimétricos, adherirse a las Convenciones de Ginebra pone al descubierto las atrocidades que actores no estatales, como terroristas, cometen contra la población civil inocente y, en este sentido es cuando debemos de reforzar el principio de inmunidad civil. Además, si en violación al principio de reciprocidad, “one side is determined from the outset to carry out a struggle regardless of even the most fundamental principles of humanity. If these acts are not simply an aberration but its principal way of operation, why should its members be afforded anything more than treatment consistent with those basic notions of humanity?...States will not and should not tolerate a legal regime whereby only one set of combatants benefits from the protections of IHL”.<sup>685</sup>

De la misma manera es inaceptable la idea de que expandir las Convenciones de Ginebra, para incluir a actores no estatales como terroristas, es la manera eficaz de adaptar la estructura arquitectónica del DIH a las realidades del presente siglo. Es claro, a como

---

<sup>685</sup> Ratner, ‘Rethinking the Geneva Conventions’ (Crimes of War Project 2003).  
<<http://www.crimesofwar.org/expert/genevaConventions/gc-ratner.html>2003> accedido en march 2010.

repetimos, que las fronteras actuales entre de guerra y crimen no están muy claras en el DIH y, por tanto, merecen revisitarse. Pero esto no quiere implicar que expandir las nociones fundacionales del DIH para incluir a actores no estatales, como terroristas, sea aceptable, especialmente si éstos no actúan de acuerdo con los estándares humanitarios establecidos por ese cuerpo jurídico. En efecto, a como Pérez González nos aclara, es peligroso expandir las nociones establecidas por el DIH en tanto que, no solo legitima como actos de guerra la criminalidad de la violencia ejecutada por los actores no estatales sino que, asimismo, los inmuniza contra su persecución.<sup>686</sup> En otras palabras, “to expand the laws of wars to apply to any situation where an organization (or conceivably an individual) initiates force is to blur the distinction between cases where the law allows individuals to kill each other and those where the law prohibits it. Under such a view, every attack on a military installation, even if undertaken without any separation from the civilian population (indeed, this is the *modus operandi* of many terrorist operatives) is *per se* a combat operation and those who carry it out combatants. The result is to turn every act of violence into an act of war, and all those who commit it into lawful combatants who enjoy the combatant’s privilege. It infinitely expands the protected zone in time and space. Where does one draw the line between Al Qaeda attacks and those of the mafia or simply an insane person? For the combatant’s privilege to remain, as it should, a hallmark of international humanitarian law, it must be confined to a highly limited set of circumstances.

---

<sup>686</sup> Pérez González, ‘Terrorismo y Conflictos Armados. La Prohibición de los Actos Terroristas por el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 639).



States will not and should not agree to extend it to any individual or group that chooses to attack a military target”.<sup>687</sup>

Finalmente si, el centro de gravedad en conflictos asimétricos es la población civil, fuente de poder estratégico del más débil, entonces la estrategia no debería ser atacar a esa fuente porque sencillamente no existen objetivos militares legítimos que atacar, o porque las Convenciones de Ginebra son obsoletas al no esperarse reciprocidad del actor asimétrico más débil. Como alternativa, el motivo de la victoria en guerras asimétricas es, a como sugieren Malinowski y Clarke, escindir el poder de recuperación del más débil, es decir, negar su habilidad para reproducirse agregándose nuevos adherentes, con el fin de disminuir la legitimidad de que pueda disfrutar dentro de la población civil.<sup>688</sup> En otras palabras, la población civil continúa siendo el centro de gravedad pero desde una posición diferente: ganarse sus mentes y corazones, factor más fuerte que el poder de fuego de un ejército en obtener la victoria. Actos que violan las Convenciones de Ginebra favorecen, de hecho, la adherencia de más individuos a la causa del más débil. En contraste, adherirse a esos instrumentos, a como reiteramos, no solo expone las atrocidades cometidas por el más débil sino que, el ganarse el apoyo de la población civil, facilitaría la implementación normativa de los instrumentos. Esta relación binaria entre la adherencia a las Convenciones de Ginebra, y el apoyo a la población civil, por supuesto, resultaría teóricamente en un mejor discernimiento del principio de distinción sino que, asimismo, de la norma de la

---

<sup>687</sup> Ratner, 'Rethinking the Geneva Conventions (supra nota 685); De Nevers, 'The Geneva Conventions and New Wars' (supra nota 81).

<sup>688</sup> Vease en más detalle Thomas Malinowski & Richard Clarke, 'Restoring Moral Authority: Ending Torture, Secret Detention, and the Prison at Guantanamo Bay' (2008) 618(1) The Annals of the American Academy of Political and Social Science 148, 148-159.

proporcionalidad, así, pasando los principios de ser una carga para transformarse en un factor más de ventaja en obtener la victoria.

Obviamente estas sugerencias no son fáciles de ser alcanzadas en un ambiente de guerra asimétrica donde el principio de distinción es difuso, y cuya implementación de la norma de la proporcionalidad no corresponde a una fórmula matemática. En este contexto estratégico difuso, por supuesto, donde “soldiers surviving combat [must shoot] the enemy before he shoots them”,<sup>689</sup> el principio de proporcionalidad, para algunos, merece una interpretación diferente porque no responde a la realidad estratégica de una guerra asimétrica. Así, por ejemplo, algunos expertos aclaman que si la erosión del principio de distinción entre combatientes y no combatientes no es incidental sino estructural, entonces los ejércitos regulares se verán obligados a adaptar sus respuestas,<sup>690</sup> a las nuevas realidades geoestratégicas. Pareciera ser que, entonces, la cuestión es que la guerra asimétrica, a la luz de lo que defienden estos expertos, demanda una interpretación teleológica diferente del principio de proporcionalidad, en contraposición a su caracterización dentro del contexto de una guerra convencional. Ahora bien, si la guerra asimétrica incita la determinación de una nueva aproximación *sui generis* del principio de proporcionalidad, que no sea basada exclusivamente en sopesar a heridos y la muerte de civiles con relación al resultado objetivo de las operaciones militares, en particular si toda la población civil es percibida como una amenaza porque apoya a grupos terroristas, pues estos académicos no explican como realizar dicha interpretación, y cuáles otros elementos, si los hay, deben incluirse en la ecuación. A como reiteramos, las Convenciones pueden ser implementadas en contextos

---

<sup>689</sup> Th. A. Van Baarda, ‘Ethics, Command Responsibility and Dilemmas in Military Operations’ in Th.A. Van Baarda & D.E.M. Verweij (Editors), *Military Ethics: The Dutch Approach - A Practical Guide* (Martinus Nijhoff Publishers 2006) 85.

<sup>690</sup> Ibid 85-86.

de guerras no convencionales, por las razones arriba explicadas y porque, además, si la guerra es contra la población civil, porque ésta apoya a los actores no estatales, entonces, “[in this type of war] the currency is information rather than the firepower”.<sup>691</sup> Inteligencia apoyada por información confiable facilita los principios humanitarios de las Convenciones. De esta manera potencialmente, “[one of] the problem[s] relating to the rules of behaviour is not [so much] that they are insufficient or badly drafted, but that they are insufficiently accepted and applied”.<sup>692</sup>

Finalmente, la cuestión de importancia que se desprende de estas proposiciones es analizar, si las Convenciones de Ginebra son insuficientemente implementadas, o infringidas gravemente, entonces, el argumento es cómo se deben determinar las infracciones y protecciones para los actores no estatales que cometen esas atrocidades. A la luz de estas ideas, la tesis es investigar ahora si, bajo el DIH, y el principio de jurisdicción universal, es posible la criminalización de individuos, que como terroristas, cometen infracciones graves a las Convenciones de Ginebra y los Protocolos Adicionales. Este planteamiento es de especial interés si tomamos en cuenta que la función del derecho internacional de los derechos humanos es proteger la dignidad humana, no solo de la población civil sino que, además, la dignidad de los actores mismos que cometen esas atrocidades.

---

<sup>691</sup> Rupert Smith, *The Utility of Force: The Art of War in the Modern World* (Alfred A. Knopf 2007) 394.

<sup>692</sup> Moreillon, ‘Contemporary Challenges to Humanitarian Law’ (1987) 240(3) *Journal of Peace Research* 215, 216.

## CAPITULO V

### Daños Colaterales Excesivos como Crimen de Guerra: Un Crimen Universal

#### 5.1 Generalidades

El 1 de marzo de 2008 el Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de la ONU sobre la situación en el Medio Oriente,<sup>693</sup> claramente condenó a Israel por el uso desproporcionado de la fuerza contra Hamás. Según el mencionado informe, “the Israeli Defense Forces has undertaken attacks from the air and by land on targets in the Gaza Strip. An estimated 90 Palestinians have been killed, among them many civilians, and injuries are in the hundreds. According to UN estimates, 59 Palestinians have been killed today, including 39 civilians, among them three women, and five minors, including an infant. Let me stress that there are many conflicting reports on the numbers of casualties, and these figures are not confirmed. Additionally there has been heavy property damage”. Es claro que el citado informe no indica qué tanto es mucho cuando civiles mueren, o resultan heridos, producto de un ataque ejecutado contra tácticas asimétricas empleadas por actores no estatales, como terroristas. Presumiblemente, yendo más allá de las fronteras normativas establecidas por el derecho internacional, esperamos que esta acusación, no implique que en respetar la proporcionalidad, Israel tenga que esperar a un número ilimitado de ataques

---

<sup>693</sup> Véase ‘Secretary-General’s Statement to the Security Council on the Situation in the Middle East’ (1 March 2008) <<http://www.un.org/sg/statements/?nid=3026>> accedido el 30 de abril de 2012. El entonces presidente de la Unión Europea, Nicolas Sarkozy, también condenó a Israel del uso desproporcionado de la fuerza: véase en Deutsche Welle, ‘World Reacts to Israeli Strikes in Gaza’ 27 de diciembre de 2008 <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,3905288,00.html>> accedido el 30 de abril de 2012. En el más reciente problema relacionado con una flotilla de barcos que acarreaban ayuda humanitaria para la Franja de Gaza, el periódico español *El Mundo* comunica ‘Conmoción Mundial ante el Ataque Israelí a la Flotilla Humanitaria’, basado en la supuesta violación a la legalidad internacional por el uso desproporcionado de la fuerza; véase en el periódico español *El Mundo*, Madrid, 31 de mayo de 2010 <<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/05/31/internacional/1275304434.html>> accedido el 30 de abril de 2012.

terroristas de Hamás, para que después respuestas a esos ataques terroristas sean categorizadas de desproporcionadas. En otras palabras, pareciera que existe latentemente motivación para reinterpretar esta norma dentro del contexto de una guerra asimétrica, presumiblemente de manera *sui generis*, a como explicado anteriormente. En conexión, Dershowitz, por ejemplo, defiende que “proportion must be defined by reference to the threat proposed by an enemy and not by the harm it has produced”.<sup>694</sup> Además, defiende Dershowitz, esperar a que un cohete explote en una escuela, kindergarden, ambulancia o sinagoga es permitir que “[Israel’s] enemies...play Russian Roulette with its children”.<sup>695</sup> Observamos con simpatía esta proposición. No obstante, redefinir la proporcionalidad no ayuda en todo caso a determinar el número aceptable de muertes civiles con relación a la amenaza que presenta el enemigo más débil. Tampoco ayuda a correlacionar daños colaterales incidentales con relación a la imputación de crímenes de guerra, cuando el daño es motivado por el más débil al mezclarse con la población civil.

En contraste, retrocedamos al Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de la ONU. En el informe se condena a “Palestinian rocket attacks, and call for the immediate cessation of such acts of terrorism, which serve no purpose, endanger Israeli civilians, and bring misery to the Palestinian people”.<sup>696</sup> Debido a esta razón HRW acusó a Hamás de crímenes de guerra,<sup>697</sup> aún cuando no esté claro si bajo el derecho internacional, las acciones de actores no estatales que se consideren como actos de terrorismo, constituyen

---

<sup>694</sup> Alan Dershowitz, ‘The Hamas Government Has Declared War against Israel: How Should Israel Respond?’ *The Washington Post*, Washington, D.C., 25 July 2006 <[http://www.huffingtonpost.com/alandershowitz/the-hamas-government-has-\\_b\\_91630.html](http://www.huffingtonpost.com/alandershowitz/the-hamas-government-has-_b_91630.html)> accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>695</sup> Ibid.

<sup>696</sup> ‘Secretary-General’s Statement to the Security Council on the Situation in the Middle East’ (supra nota 693).

<sup>697</sup> Rory McCarthy, ‘Hamas accused of War crimes in Gaza’ *The Guardian*, London, 23 March 2009, <<http://www.guardian.co.uk/world/2009/mar/23/gaza-war-crimes-hamas>> accedido el 30 de abril de 2012.

realmente un crimen de guerra y, por tanto, sujeto al principio de jurisdicción universal, o al ámbito de competencia jurisdiccional de la CPI. En relación a esta cuestión, en diciembre de 2002, por ejemplo, Dinamarca liberó al ruso Akhmed Zakayev, después de que Rusia pidiera su extradición porque al acusado se le imputaban cargos de terrorismo en este último país,<sup>698</sup> y donde la pena de muerte está consagrada en el derecho interno. Similarmente un sospechoso de terrorismo y miembro de Al Qaeda, Abid Nasser, obtuvo su derecho de vivir en el Reino Unido en el año 2010. Al respect uno de los jueces encargado del caso afirmó lo siguiente: “the government attempted to deport Naseer and a second man, Ahmed Faraz Khan, 26, to Pakistan, but a judge blocked the move on the grounds that they could be tortured. Mr Justice Mitting said it would be “conducive to the public good” if Naseer was deported, but the safety issue made it impossible to send him back”.<sup>699</sup> En noviembre de 2001, justamente después de lo acaecido el 11 de septiembre, España se rehusó a extraditar hacia los Estados Unidos sospechosos de terrorismo de Al Qaeda, debido a que en este último Estado también existe la pena de muerte, o porque los imputados podrían ser juzgados en tribunales militares.<sup>700</sup> Los ejemplos son innumerables y, como respuesta a esta cuestión, “the George W. Bush administration...resorted to what amounts to kidnapping as a means to side-step international extradition law in its so-called

---

<sup>698</sup> *BBC News*, ‘Denmark Frees Top Chechen Envoy’, London, 3 December 2002. <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/2539567.stm>> accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>699</sup> Owen Browcott, ‘Al-Qaida Suspect Living in Britain Arrested after US extradition request’, *The Guardian*, London, 7 July 2010) <<http://www.guardian.co.uk/uk/2010/jul/07/terrorist-suspect-abid-naseer-arrested>> accedido el 30 de abril de 2010.

<sup>700</sup> Mithre J. Sandrasagra, ‘Death Penalty: A Hindrance to U.S. War on Terror, Say Rights Groups’ *Inter Press Service News Agency*, New York, 9 Jun 2006 <<http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=33556>> accedido el 30 de abril de 2012; “In December 2005, Germany refused to extradite Mohammed Ali Hamadi - who was freed on parole by German authorities after serving 19 years of a life sentence for the 1985 hijacking of a TWA airplane - because he could face the death penalty in the United States on charges of killing a Navy diver in the hijacking. U.S. Attorney General Alberto Gonzales personally asked the German government not to release the terrorist, but was rebuffed”; *ibid*.

rendition programme (the extra-judicial seizure and transfer of terrorist suspects to detention in third countries), human rights advocates such as Amnesty International and Human Rights Watch said”.<sup>701</sup>

Ahora bien, si terroristas son liberados bajo ciertas circunstancias, o juzgados penalmente, es válido pensar hipotéticamente qué hubiera pasado si Osama Bin Laden hubiera sido arrestado (antes de haber sido matado el 2 de mayo de 2011 por las fuerzas militares estadounidenses) en un Estado donde la pena de muerte no existe y cuya extradición es demandada por otro donde existe, concretamente los Estados Unidos. ¿Hubiese sido liberado, como en el caso de Akhmed Zakayev liberado por Dinamarca? Algunos piensan que en cumplimiento del DPI, el sujeto infractor debe de ser juzgado por un tribunal competente como la CPI. En este sentido se piensa que los actos de terrorismo cometidos por los actores no estatales constituyen un crimen internacional grave, para algunos crímenes de guerra, aún cuando los actos ilegales de terrorismo hayan sido cometidos jurídicamente, en sentido estricto, fuera de un conflicto armado y provengan de un implicado que carece de la calificación de combatientes *de jure*.

Es obvio que los actos de guerra serían actos criminales si fueran cometidos durante tiempos de paz. La violencia armada y actos de terrorismo son antítesis del derecho, especialmente si observamos que las normas humanitarias de protección a la población civil son con facilidad ignoradas, en el teatro de guerra asimétrico. También las acciones de los actores no ocurren en un vacío normativo. Las normas del DPI tienen por objeto criminalizar infracciones graves del derecho internacional, pero enfrenten dificultades. De la misma forma existe actualmente consenso sobre la necesidad de demandar

---

<sup>701</sup> Ibid.

responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional, necesidad desarrollada a partir del Tribunal de Núremberg, en cuyas disposiciones estatutarias se indica que ciertos crímenes son cometidos por individuos y no entidades abstractas y que, así, los preceptos normativos del derecho internacional pueden hacerse respetar solo castigando a individuos que cometan esos crímenes.<sup>702</sup> Esta idea de responsabilidad criminal individual fue medio siglo después reiterada en instrumentos jurídicos internacionales como en la construcción de los tribunales penales para la Antigua Yugoslavia (1993) y de Ruanda (1994), estructurados bajo el Capítulo VII de la Carta de San Francisco, siendo este último instrumento el trampolín jurídico reforzador de la noción en cuestión y, así, reflejado en la el Borrador del Código de Ofensas contra la Paz y Seguridad Humana.<sup>703</sup> Igualmente, el Estatuto de la CPI consagra la noción de responsabilidad penal individual con relación a crímenes internacionales específicos, y sujetos al principio de jurisdicción universal.<sup>704</sup>

Entonces, en atención a lo antes expresado, responsabilidad penal individual puede ser imputada a personas que hayan cometido crímenes internacionales, para los cuales procesamiento legal puede ser adjudicado, ya sea por la vía del sistema descentralizado de los Estados, en otras palabras, a través los de tribunales internos de los Estados, o por medio de un sistema más centralizado de ejecución del DPI, para lo cual la jurisdicción de la CPI es necesaria.

---

<sup>702</sup> Véanse los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, 1950.

<sup>703</sup> International Law Commission, Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (Part I and II) <<http://www.un.org/law/ilc/>> accedido el 30 de abril de 2010.

<sup>704</sup> Para un análisis detallado del desarrollo histórico-normativo de la noción de responsabilidad penal individual en el derecho internacional véase Edoardo Greppi, 'The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law' (1999) 81(835) International Review of the Red Cross 531-553 <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq2x.htm>> accedido el 30 de abril de 2012.



Este capítulo tendrá por objeto analizar dos cuestiones: primero, observar que tan posible es determinar la criminalización de daños colaterales excesivos como crimen de guerra, y en atención al principio de proporcionalidad; segundo, determinar si el terrorismo es un crimen internacional, bajo el derecho internacional, sujeto al principio de jurisdicción universal, para luego discernir si los actores no estatales escapan, o no, del ámbito jurisdiccional universal de la CPI. Aquí no analizaremos el procesamiento legal que los diferentes Estados miembros del sistema internacional puedan dar a individuos que sean etiquetados de terroristas, ni tampoco discutiremos la implementación del principio de jurisdicción universal en terrorismo interno sino que, en contraste, internacional. El persuasivo discurso legal que nos interesa es interpretar si el terrorismo es un crimen internacional, asunto de relevancia debido a la carencia de una definición consensualmente aceptada por la comunidad internacional sobre este fenómeno y si debe ser sujetado, o no, a la jurisdicción de la CPI.

## 5.2 Daños Colaterales Excesivos como Crimen Internacional

Antes de analizar la cuestión de los daños desproporcionados como un crimen internacional, específicamente como crimen de guerra, debemos establecer el concepto de crimen internacional, con el objeto de notar donde encajan en esta complejidad los daños colaterales excesivos como crimen de guerra, su posible penalización, así como el más controvertido concepto de terrorismo.

### 5.2.1 El Concepto de Crimen Internacional

Revisando la literatura sobre la noción de crimen internacional directamente llegamos a la conclusión de que el derecho internacional general coexiste en una relación simbiótica con

el DIP; el primer cuerpo jurídico que normativiza los derechos y responsabilidades de los Estados miembros del sistema internacional y, el segundo, conducente a sancionar la conducta de individuos que transgredan las proscripciones jurídicas internacionales. Esta conducta delictiva es objeto de sanciones penales por parte de los Estados o, en el caso que nos interesa, por la CPI. El concepto de crimen internacional es parte del centro de esta dinámica. Intuitivamente podríamos afirmar que, un crimen internacional es una infracción a una norma del sistema legal internacional, y que conlleva a criminalización.

Pero la anterior definición de crimen internacional es muy general. No existe una definición consensualmente aceptada sobre un crimen internacional, a pesar de las proscripciones existentes en los instrumentos legales internacionales y el DIP.<sup>705</sup> Werle distingue, por ejemplo, primero, entre crímenes cometidos bajo el derecho internacional, denominados crímenes fundamentales, siendo castigables bajo el derecho internacional, independientemente de la legislación interna de los Estados y, segundo, crímenes definidos o contenidos en tratados, los cuales son castigables en el derecho interno de los Estados.<sup>706</sup>

El profesor Carrillo Salcedo, por ejemplo, “substituye el concepto de crimen internacional por el de hecho ilícito contra la comunidad internacional en su conjunto”.<sup>707</sup>

Bassiouni reconoce que el concepto de crimen internacional ha sido debatido por mucho tiempo y aún continúa.<sup>708</sup> Dentro del contexto de esta aseveración, Bassiouni identifica al menos veinte categorías de crímenes internacionales a mencionar: agresión, genocidio,

---

<sup>705</sup> Para un análisis de los problemas conceptuales concernientes al término crimen internacional véase Casilda Rueda Fernández, ‘La Sustitución del Concepto de Crimen Internacional en el Proyecto de Artículos: ¿Solo una Cuestión Terminológica’ en Marina Vargas Gómez-Urrutia y Ana Salinas de Frías (Coords.) (supra nota 246) 1233-1250.

<sup>706</sup> Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (T.M.C Asser Press 2005) 98.

<sup>707</sup> Rueda Fernández, ‘La Sustitución del Concepto de Crimen Internacional en el Proyecto de Artículos: ¿Solo una Cuestión Terminológica’ (supra nota 705) 1238.

<sup>708</sup> Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (Martinus Nijhoff Publishers) 192.

crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, apartheid, esclavitud y actividades relacionadas con esta actividad, tráfico ilegal de drogas, destrucción y robo de patrimonio cultural, posesión ilegal y uso de armamentos, robo de material nuclear, experimentación ilegal con humanos, piratería, secuestro de aviones, tortura y otros tipos de trato inhumano que impliquen degradación, crímenes contra el medio ambiente y tráfico internacional de material obsceno.<sup>709</sup> Basado en estas veinte tipificaciones de crímenes internacionales, Bassiouni establece cuatro componentes que determinan la definición de un acto como crimen internacional, a mencionar: “a) the prohibited conduct affects a significant international interest; b) the prohibited conduct constitutes an egregious conduct deemed offensive to the commonly shared values of the world community; c) the prohibited conduct involves more than one state in its planning, preparation or commission, either through the diversity of nationality of its perpetrators or victims, or because the means employed transcend national boundaries; or d) the effects of the conduct bear upon an internationally protected interest that is not sufficient to fall into either (a) or (b) above, but requires international criminalization in order to ensure its prevention, control, and suppression because it is predicated on “state action or policy without which it could not be performed...”<sup>710</sup>

Sobre la base de los cuatro elementos anteriores, Bassiouni concluye que los veinte crímenes tipificados anteriormente reflejan cualquiera de los siguientes tres factores: 1) internacional: lo que implica que la conducta constituye una amenaza directa, o indirecta, para la paz y seguridad de la comunidad internacional; 2) transnacional, cuya conducta

---

<sup>709</sup> Bassiouni, *International Criminal Law* (Martinus Nijhoff Publishers 1997) 134; véase Werle, *Principles of International Criminal Law* (supra nota 706).

<sup>710</sup> Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (supra nota 708) 46.

trasciende, o es desplegada, a través de las fronteras nacionales y afecta a la seguridad pública y a los intereses económicos de uno o más Estados o porque, esa conducta involucra a ciudadanos de varios Estados sean los mismos como perpetradores o víctimas del acto; 3) la acción estatal, la cual involucra que una conducta que contenga cualquiera de los dos elementos anteriores debe prevenirse, controlarse, y suprimirse a través de la cooperación internacional porque tal conducta es manifestada sobre acciones que los Estados deben tomar para reprimirla.<sup>711</sup> Ahora bien, Bassiouni sintetiza su definición de crimen internacional sobre la base de ese marco teórico: un crimen internacional es una conducta internacionalmente prohibida que los Estados están obligados a criminalizarla, enjuiciarla o extraditar al transgresor de normas para castigarlo, acciones que para cuya implementación efectiva de esas obligaciones requiere de la cooperación internacional.<sup>712</sup>

Cassese defiende que crímenes internacionales son “breaches of international rules entailing the personal criminal liability of the individuals concerned (as opposed to the responsibility of the State of which the individuals may act as organs)”.<sup>713</sup> Estos crímenes involucran violaciones a normas internacionales establecidas por el derecho consuetudinario, y a aquellas contenidas y codificadas en los tratados. En consecuencia, crímenes internacionales infringen valores considerados de suma trascendencia por toda la comunidad internacional en su conjunto, lo que implica que, son vinculantes tanto para los Estados como para individuos.<sup>714</sup> La característica distintiva de esos crímenes internacionales es que, además de la responsabilidad criminal individual en la que sus

---

<sup>711</sup> Ibid 46-47.

<sup>712</sup> Ibid 47. En otra fuente Bassiouni conceptualiza al crimen internacional como “those international criminal law normative proscriptions whose violation is likely to affect the peace and security of humankind or is contrary to fundamental humanitarian values”; vease Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (Transnational 2003) 24.

<sup>713</sup> Cassese, *International Criminal Law* (Oxford University Press 2003) 23.

<sup>714</sup> Ibid.

perpetradores incurren, esas mismas violaciones pueden invocar la responsabilidad internacional de un Estado, o de individuos que, como perpetradores del crimen pertenecen, o actúan en representación de ese Estado, conllevando a esa entidad, o a la entidad que actuó como, *de facto*, órgano de la entidad estatal, a pagar compensación por daños para las víctimas de la violaciones.<sup>715</sup>

Después de haber determinado a grandes rasgos qué constituye un crimen internacional, y tipificado un número significativo de esos ilícitos, clarificamos que aquí nos concentraremos en aquellos que recaen dentro de la jurisdicción de la CPI, muy específicamente nos focalizaremos en el crimen de guerra con relación a violaciones del principio de proporcionalidad.

Situándonos en una posición más restrictiva, un crimen internacional se refiere a aquellas infracciones graves del derecho internacional, que recaen dentro de la jurisdicción de la CPI. Estos crímenes, son denominados como centrales, o de preocupación primaria, para toda la comunidad internacional en su conjunto y, debido a su naturaleza, sometemos a consideración, son parte legalmente del *jus cogens* y constituyen obligaciones *erga omnes*.<sup>716</sup> La implicación jurídica de esta tesis es que, conferir a estos crímenes internacionales el estatus de *jus cogens* invoca la activación de obligaciones *erga omnes*, las cuales autorizan a los Estados para procesar penalmente a los infractores en nombre del derecho internacional. En este entramado, Rueda Fernández indica que la noción de norma

---

<sup>715</sup> UNSG, 'Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General', para. 175, Geneva, 25 July 2005 <[http://www.un.org/News/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf](http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf)> accedido el 30 de abril de 2012.

<sup>716</sup> Rueda Fernández, 'La Sustitución del Concepto de Crimen Internacional en el Proyecto de Artículos: ¿Solo una Cuestión Terminológica' (supra nota 705) 1242. La noción de crimen internacional, normas del *jus cogens*, y obligaciones *erga omnes* están íntimamente relacionadas pero no deben de confundirse, discute Rueda Fernández; así, "toda norma imperativa (*ius cogens*) genera un obligación *erga omnes*, pero todas las obligaciones *erga omnes* no derivan de normas imperativas; igualmente, no toda violación de una norma imperativa supone un crimen internacional, tan solo las violaciones graves. Por tanto...las normas del *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* son dos nociones íntimamente ligadas pero diferentes".

imperativa y el término de obligaciones *erga omnes* deben de relacionarse con un criterio adicional: las violaciones deben ser graves<sup>717</sup> para poder establecer responsabilidad penal sobre los perpetradores de crímenes internacionales. En otras palabras, las normas perentorias que conforman parte de la estructura normativa del derecho internacional demandan que estos crímenes no proscriban en el derecho internacional, cuestión que debe ser extendida durante tiempo de guerra como de paz. Desde este ángulo teórico, en el que consideramos ciertos crímenes como *jus cogens*, no es atingente afirmar que, entonces, a los Estados se les impone obligaciones *erga omnes* en sancionar, o extraditar, a perpetradores de crímenes internacionales graves,<sup>718</sup> así, en el ejercicio del principio de jurisdicción universal,<sup>719</sup> todo con el objeto de no permitir impunidad a los infractores de las normas humanitarias.

Sin embargo, a como sugerimos en las generalidades de este capítulo, la práctica los Estados contrasta con la opinión de los jurisconsultos, especialmente si no se ejecutan procesos de extradición debido a motivos políticos. En todo caso, la opinión mayoritaria de los jurisconsultos es que los crímenes internacionales primarios son distintivamente *jus cogens*, en cuanto que afectan a la comunidad internacional en su conjunto porque su

---

<sup>717</sup> Ibid. De acuerdo con el Borrador de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Humana (1996), “The character of a crime is what distinguishes that crime from another crime. A crime of aggression is to be distinguished from a crime against humanity, which is to be distinguished from a war crime. The gravity of a crime is inferred from the circumstances in which it is committed and the feelings which impelled the author. Was the crime premeditated? Was it preceded by preparations (stratagem or ambush)? The gravity is also inferred from the feelings which impelled the individual, and which are generally called the motive. It, too, is inferred from the way in which it was executed: cruelty or barbarity. An individual may not only have intended to commit a criminal act, but also, in so doing, to inflict maximum pain or suffering on the victim. Hence, while the criminal act is legally the same, the means and methods used differ, depending on varying degrees of depravity and cruelty. All of these factors should guide the court in applying the penalty”.

<sup>718</sup> Véase Bassiouni, & E. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare, The Duty to Extradite or Prosecute in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers 1995); Pueyo Losa, ‘El Principio de Jurisdicción Universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional’ (supra nota 165) 182.

<sup>719</sup> Véase la sección 5.2.2 de la tesis, referente al crimen internacional como generador del principio de jurisdicción universal.

gravedad pone en peligro la paz y seguridad internacionales y estremecen la conciencia de la humanidad. Esta tesis es inferida del hecho de que, amparándonos a la luz de lo argumentado por Bassiouni, existen suficientes bases jurídicas para sostener que tales crímenes son *jus cogens*.<sup>720</sup> Ahora bien, las bases jurídicas que sustentan los crímenes internacionales se desprenden de varias fuentes complementarias. Primero, de *opinio juris*, manifestada en las afirmaciones internacionales y en la creencia generalizada de que esos crímenes son parte del derecho internacional consuetudinario.<sup>721</sup> Segundo, tenemos como base jurídica a los tratados internacionales concernientes a esos crímenes y que indican el estatus preponderante de esos actos en el derecho internacional.<sup>722</sup> Tercero, un número considerable de Estados ha ratificado esos tratados concernientes a los crímenes internacionales.<sup>723</sup> Finalmente, los tribunales internacionales creados *ad hoc* que han procesado a culpables de violaciones graves del derecho internacional,<sup>724</sup> para lo cual ahora debemos agregarle la competencia jurisdiccional imprescindible de la CPI en juzgar esos actos horribles y que expondremos a continuación, con el objeto de establecer nuestro marco teórico-conceptual concerniente al crímenes relacionados con daños desproporcionados.

---

<sup>720</sup> Bassiouni, *International Criminal Law* (supra nota 709). Este docto cita, entre las muchas fuentes existentes que sustentan el argumento de las bases legales de ciertos crímenes internacionales como *jus cogens*, las siguientes: los tribunales internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda de 1993 y 1994 respectivamente; la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU de 1994, referente a la situación de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en Ruanda; véase el borrador del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión número 58, 1996.

<sup>721</sup> Michael Akehurst, 'Custom as a Source of International Law' (1977) 47 *The British Year Book of International Law* 1, 1.

<sup>722</sup> Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (supra nota 708).

<sup>723</sup> Ibid.

<sup>724</sup> Bassiouni, 'From Versailles to Rwanda, The Need to Establish a Permanent International Criminal Court' (1977) 10(11) *Harvard Human Rights Journal* 11, 11.

### 5.2.2 El Crimen Internacional: Generador del Principio de Jurisdicción Universal

El principio de jurisdicción universal es uno de esos tecnicismos legales existentes en el derecho internacional, que funciona como lente jurídico para determinar varias cuestiones relacionadas con un crimen internacional. En esta sección no tenemos intención de resolver todos los problemas que afronta el principio sino que, en contraste, nuestra preocupación central es comprender la correlación existente entre el principio en cuestión y la noción de crimen internacional anteriormente explorada. Para empezar nuestro análisis, sobre la correlación existente entre el principio y la noción de crimen internacional, facultémonos de la siguiente sugerencia argumentada por Sánchez Legido.<sup>725</sup> Según Sánchez Legido, la sociedad internacional en su conjunto posee bienes jurídicos propios de gran envergadura, que merecen penalmente de protección y, en caso de ser lesionados, el principio de jurisdicción universal puede ser invocado para paliar la descentralización de la sociedad internacional.<sup>726</sup> En otras palabras, el Estado que invoque el principio, para encausar a un transgresor que lesiona bienes protegidos, actúa como mecanismo ejecutorio del derecho internacional. Ahora bien, la observación que nos postula este investigador es de sumo interés académico y jurídico, debido a que el argumento que sostiene es que, interpretativamente a nuestro juicio, el principio de jurisdicción universal es casuísticamente extraordinario al menos por dos motivos. En efecto, el principio de jurisdicción universal es casuísticamente extraordinario, en primer lugar porque, como mecanismo procesal, confiere autoridad a todos los Estados miembros del sistema legal internacional para castigar actos graves, especificados como crímenes, bajo el derecho

---

<sup>725</sup> Véase, Ángel Sánchez Legido, *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional* (Tirand lo Blanch 2004).

<sup>726</sup> Ibid 320-328. El principio de territorialidad es subsidiario del principio de jurisdicción universal porque tiene sentido juzgar a un perpetrador de atrocidades en el Estado donde las cometió debido a mayor facilidad de encontrar la evidencia en el territorio de éste.



internacional. Bajo esta posición teórica, el principio de jurisdicción universal deriva su efectividad de un derecho común, y de la concomitante responsabilidad compartida que poseen los Estados para ejecutar las disposiciones del sistema legal internacional concernientes a la criminalización de crímenes graves o, como Sánchez Legido nos indica correctamente, de que “en virtud del principio de jurisdicción universal se asigna competencia a la autoridad del Estado para la represión de delitos [internacionales] que, independientemente del lugar de su comisión y de la nacionalidad de sus actores o víctimas, atentan contra bienes jurídicos internacionales o supranacionales de especial importancia y específicos de uno o varios Estados en particular”.<sup>727</sup>

En este entramado, reiteramos, el Estado es facultado para accionar su aparato jurídico interno en nombre del derecho internacional<sup>728</sup> y, además, para considerar el ámbito sustantivo y de procedimiento del principio de jurisdicción universal, de acuerdo con los dictados del derecho internacional. Por consiguiente, si el principio corresponde a aquellos delitos que atentan “contra los intereses de los cuales son solidarios todos los Estados, [entonces] son competentes los tribunales de justicia del territorio en el que el presunto

---

<sup>727</sup> Ibid 40.

<sup>728</sup> José B. Acosta Estévez, ‘Las Infracciones Graves a los Convenios de Ginebra en el Derecho Penal Español bajo el Principio de Jurisdicción Universal’ (2008) 7 Anuario Mexicano de Derecho Internacional 13, 22; Acosta Estévez indica que el Estado, investido del poder de su jurisdicción penal no solo posee “competencia para sustanciar todos los hechos punibles perpetrados dentro de los límites territoriales estatales, con independencia de la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico tutelado (principio de territorialidad) [sino que] por otra parte, toda persona se halla siempre sometida a la jurisdicción del Estado del cual es nacional y, de ahí que, sus órganos judiciales tengan competencia para conocer de los hechos realizados por sus nacionales en el extranjero (principio de personalidad o nacionalidad activa)”. Pero la cuestión no termina aquí. Este investigador, nos aclara dos principios adicionales de jurisdicción diferentes a los anotados anteriormente. El primer principio adicional corresponde al “principio real o de protección de intereses, que se activa en razón a la comisión de un crimen que viole los intereses esenciales de un Estado”.

delincuente sea detenido, cualquiera que sea su nacionalidad y el lugar donde el delito se hubiera cometido”.<sup>729</sup>

En segundo lugar, el principio de jurisdicción universal es casuísticamente extraordinario porque, a diferencia de otros tipos de jurisdicción, donde debe existir un vínculo territorial, o de nacionalidad, conectado con los perpetradores de los actos, el principio de jurisdicción universal no se fundamenta sobre esas bases jurisdiccionales. Todo lo contrario, el principio de jurisdicción universal no es generado por la soberanía del Estado *per se*, en relación al poder legal que esa estructura tenga sobre sus nacionales, o perpetradores de actos ilegales que se encuentren en su territorio. El principio en cuestión es engendrado por la comisión misma de un acto grave que, debido su naturaleza y sustancia intrínseca, alcanza el nivel de *jus cogens*, generando concomitantemente las obligaciones *erga omnes* que imponen a los Estados el deber de sancionarlos. En otras palabras, si “el principio de jurisdicción universal se configura como el fundamento habilitante de la actuación de las jurisdicciones nacionales para actuar en defensa de los intereses de la sociedad internacional y de implementación a...un número reducido de crímenes [graves] definidos por el derecho internacional”, a como Acosta Estévez indica<sup>730</sup> y, además, agregamos que este cuerpo normativo no es constreñido por barreras geopolíticas entonces, el principio en cuestión no tiene necesariamente relación con los factores de territorialidad o de nacionalidad.<sup>731</sup> La

---

<sup>729</sup> Ibid.

<sup>730</sup> Ibid 23.

<sup>731</sup> Acosta Estévez, ‘Las Infracciones Graves a los Convenios de Ginebra en el Derecho Penal Español bajo el Principio de Jurisdicción Universal’ (supra nota 728) 23, sugiere que “el ejercicio de la competencia judicial estatal para la represión de esos crímenes no queda amparado exclusivamente por el *principio de la territorialidad*, en tanto que si es verdad que este principio sirve de fundamento a todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su legislación a delitos cometidos fuera de su territorio...”. La implementación del derecho internacional no posee limitaciones geopolíticas, especialmente si tomamos en cuenta la seriedad de crímenes internacionales que ponen en peligro la estabilidad del sistema internacional. En otras palabras, si el derecho internacional es extensible a todo el sistema internacional y sin limitaciones pues las disposiciones prohibitivas concernientes al crimen

gravedad, substancia y naturaleza de ciertos crímenes internacionales, al menos los que aquí nos interesan, es tan seria que amenazan la estabilidad del sistema internacional, peculiaridad que resulta en repulsión universal y el consecuente interés de la sociedad internacional por sancionarlos.

Pero tenemos dos aspectos adicionales que debemos subrayar con relación a estas cuestiones y que, circunstancialmente, refuerzan las ideas ya sometidas a consideración. Regresemos a lo ya expresado por Acosta Estévez, referente a la definición de crímenes graves por el derecho internacional.<sup>732</sup> En efecto, la jurisdicción universal no es consecuencia de un derecho inherentemente soberano que tenga un Estado en invocarla, sino que, es un deber dictado por las estipulaciones del sistema legal internacional. La sustancia y definición del crimen es establecida por ese cuerpo normativo, determinación que implica que, el Estado como mecanismo ejecutorio y, en repuesta a la naturaleza orgánica descentralizada del sistema internacional es inhabilitado para definir unilateralmente un crimen internacional, o establecer cuáles actos caen, o no, dentro de la jurisdicción universal. Esto es un asunto para el derecho internacional y no para el derecho interno. Esta posición fue enfatizada por el Tribunal Constitucional Español, en el fallo del 26 de septiembre de 2005, referente a la denuncia interpuesta por Rigoberta Menchú Tum, con relación a la comisión de posibles delitos de genocidio ocurridos en Guatemala, entre los años 1978 y 1986.<sup>733</sup> De acuerdo con el Tribunal Constitucional de España, “la persecución universal y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia

---

internacional concierne a todos los Estados. En consecuencia, se podría inferir que, el principio de jurisdicción universal ejercido por los Estados no tiene necesariamente relación con los factores de territorialidad o de nacionalidad. El Estado, en este sentido, reiteramos, es el mecanismo ejecutorio penal del derecho internacionalmente.

<sup>732</sup> Ibid.

<sup>733</sup> Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de España No. 237, 26 de setiembre de 2005, referente al caso de genocidio en Guatemala.

universal se basa exclusivamente en las particularidades características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente, su persecución y sanción constituyen, no solo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados...cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales”.<sup>734</sup> La Corte además concluyó que el principio de jurisdicción universal se define como, “la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la ley internacional”.<sup>735</sup>

El segundo elemento que debemos enfatizar es una inferencia lógica de los argumentos ya defendidos, y en directa relación con el principio de jurisdicción universal contenido en las Convenciones de Ginebra, cuyo carácter igualmente extraordinario es su peculiaridad de constituirse como un principio *self-executing*.<sup>736</sup> En directa relación con esta última idiosincrasia del principio, debemos de afirmar que el Artículo Común 1 de las Cuatro Convenciones de Ginebra positivaba que “las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el...Convenio en todas las circunstancias”.<sup>737</sup> Esta disposición “implica que todos los Estados, sean parte o no de los Convenios de Ginebra, tienen el

---

<sup>734</sup> Ibid.

<sup>735</sup> Ibid.

<sup>736</sup> Acosta Estévez, ‘Las Infracciones Graves a los Convenios de Ginebra en el Derecho Penal Español bajo el Principio de Jurisdicción Universal’ (supra nota 728) 13, 19

<sup>737</sup> Véanse los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, Art. 1.

deber de interesarse por las violaciones que se perpetren sobre sus disposiciones y adoptar las medidas necesarias para reprimirlas.<sup>738</sup> Ahora bien, esta obligación de hacer respetar los preceptos de las Convenciones y, muy específicamente la obligación de los Estados de proyectar su aparato penal fuera de sus fronteras territoriales con el fin de implementar el principio de jurisdicción universal, así en cumplimiento del DIH, se encuentran contenido en las disposiciones correspondientes a los Artículos 49, 50, 129 y 146 de las cuatro Convenios de Ginebra, en cuyo segundo párrafo correspondiente a cada normativa, se estipula que “Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado a cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes”.<sup>739</sup> Pues bien, obsérvese que esta obligatoriedad de penalizar crímenes graves impuesta para todos los Estados, corresponde en este sentido a obligaciones *erga omnes*, a como indicamos previamente, y en atención al hecho de que esos instrumentos jurídicos gozan de aceptación universal. Entonces, “resulta difícil objetar dicha previsión de jurisdicción universal respecto a las denominadas infracciones graves. Por consiguiente, los referidos convenios disponen de una competencia universal obligatoria *self-executing* [y]

---

<sup>738</sup> Pueyo Losa, ‘Hacia el Fortalecimiento de los Mecanismos de Represión de Crímenes de Guerra. Responsabilidad Penal del Individuo Tribunales Internos y Corte Penal Internacional’ en Pueyo Losa y Jorge Urbina (Coords.), *El Derecho Internacional Humanitario en una Sociedad Internacional en Transición* (Tórculo 2002) citado en Acosta Estévez, ‘Las Infracciones Graves a los Convenios de Ginebra en el Derecho Penal Español bajo el Principio de Jurisdicción Universal’ (supra nota 728) 17.

<sup>739</sup> Pueyo Losa, ‘El Principio de Jurisdicción Universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional’ (supra nota 165) 182; Acosta Estévez, ‘Las Infracciones Graves a los Convenios de Ginebra en el Derecho Penal Español bajo el Principio de Jurisdicción Universal’ (supra nota 728) 21. Véanse también los preceptos en las Convenciones de Ginebra.

las legislaciones nacionales no necesitan llevar a cabo ningún acto normativo interno de incorporación o ejecución en orden a su puesta en práctica. Así, en conformidad con los preceptos indicados de dichos convenios, los Estados no tendrán que establecer su jurisdicción bajo la fórmula *aut dedere aut iudicare*<sup>740</sup> (prevista para los supuestos en que los Estados deban establecer en su orden interno tal jurisdicción mediante instrumentos jurídicos internos)”.<sup>741</sup> Estas disposiciones, claro está, obligan a las Partes contratantes a buscar y juzgar perpetradores de atrocidades en sus cortes judiciales. El consenso general es que estos preceptos hacen referencia al principio de jurisdicción universal.<sup>742</sup>

Pese a lo anterior, oposición a este consenso general del carácter *self-executing* referente al principio de jurisdicción universal no deja de faltar en el discurso actual del DIH. Los antagonistas a este carácter obligatorio *self-executing* de este mecanismo procesal defienden que el principio de jurisdicción universal no es estipulado explícitamente en las Convenciones de Ginebra. En consecuencia, el principio no es *self-executing* porque no es una disposición positivada explícitamente en esos instrumentos, por tanto, es incongruente con el derecho internacional. Nosotros no compartimos esta perspectiva. Si bien es cierto que las disposiciones de los instrumentos antes explicadas carecen de referencia semántica explícita referente al principio de jurisdicción universal, acudiendo al mismo razonamiento interpretativo, podríamos defender que precisamente por no prescribirse de manera explícita, entonces, existen suficientes bases para manifestarse a favor del principio. A nuestro juicio, el principio de jurisdicción universal fue incluido en las Convenciones de

---

<sup>740</sup> Acosta Estévez, ‘Las Infracciones Graves a los Convenios de Ginebra en el Derecho Penal Español bajo el Principio de Jurisdicción Universal’ (supra nota 728) 19. La *doctrina aut dedere aut iudicare* implica extraditar o procesar penalmente a los infractores del derecho internacional. Más adelante analizaremos esta cuestión en detalle.

<sup>741</sup> Pueyo Losa, ‘El Principio de Jurisdicción Universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional’ (supra nota 165) 183.

<sup>742</sup> Lauterpacht, ‘The Problem of the Revision of the Law of War’ (supra nota 255) 362.

Ginebra para terminar, de hecho, la impunidad concerniente a violaciones graves cometidas antes de las dos primeras guerras mundiales, y para sentar precedente procesal sobre la comisión de futuras atrocidades.

Otra posición referente al principio de jurisdicción universal contenido en las Convenciones de Ginebra es defendida por Bowett. Según Bowett, la noción de jurisdicción consagrada en los Convenios de Ginebra no corresponde a la jurisdicción universal o, aún cuando esos instrumentos de derecho humanitario consagren el principio de jurisdicción universal, la implementación del principio es reservada exclusivamente para los beligerantes involucrados en un conflicto.<sup>743</sup> Oponiéndose a la existencia del principio de jurisdicción universal contenido en los Convenios de Ginebra, Roling presenta otro tipo de taxonomía. Así sugiere que, si la jurisdicción es reservada para los beligerantes, por consiguiente, la jurisdicción a la que hacemos referencia en las Convenciones de Ginebra es más bien de carácter protector, ejercida por los Estados beligerantes en función de sus intereses nacionales.<sup>744</sup> En caso de que los beligerantes reconozcan mutuamente el principio de jurisdicción universal, este mecanismo no es más que un principio de la protección pero extendido.<sup>745</sup> Tampoco compartimos esta posición por ser demasiado estrecha y erróneamente concebida. A como Pueyo Losa y Acosta Estévez defienden, el régimen jurídico establecido por las Convenciones de Ginebra consagra el principio de jurisdicción en cuestión, de aceptación universal y de carácter obligatorio para los Estados miembros del sistema internacional. Este enfoque legal fue asumido por el TCIAY. Este tribunal afirmó claramente que las Convenciones consagran jurisdicción criminal compulsoria y

---

<sup>743</sup> Bernard Victor Aloysius Roling, 'Aspects of the Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War' in Cassese, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (Editoriale Scientifica 1979) 200-203.

<sup>744</sup> Roling, 'The Law of War and National Jurisdiction since 1945' (1960) 100(2) *Recueil des Cours* 323-456.

<sup>745</sup> Ibid.

universal para todos los Estados.<sup>746</sup> Dentro de este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español concurrió al respecto, esto es, que la sanción y persecución de crímenes graves “es un interés compartido por todos los Estados...cuya legitimidad...no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos”, dejando por fuera ese carácter reduccionista de jurisdicción universal interpretado por Bowett y Rolling, y que, por consiguiente se presta para abusos e impunidad.

Asimismo, sometemos a consideración que la sugerencia sostenida por Bassiouni, concerniente a la falta de bases sólidas que sostienen el principio de jurisdicción universal en el derecho internacional convencional y consuetudinario, a como sus más entusiasmados defensores sostienen,<sup>747</sup> es, a nuestro juicio, carente de mérito en el derecho internacional. Bassiouni sustenta su tesis sobre básicamente dos premisas. Primero, porque las teorías de jurisdicción evidenciadas en los tratados y en la práctica consuetudinaria de los Estados son esencialmente territoriales, o basadas en la nacionalidad, ya sea del perpetrador o de la víctima. En consecuencia, los conflictos jurisdiccionales entre los Estados han sido pocos. Además, sugiere Bassiouni, la falta de claridad de las obligaciones derivadas de los tratados relativas a la obligación de juzgar, por sobre la obligación de extraditar, conduce a tensiones entre los Estados interesados y a un punto jurisdiccionalmente muerto. Segundo, porque debido a que la jurisdicción universal ha sido pocas veces utilizada como fundamento en decisiones judiciales nacionales, todavía debe clarificarse su relación con otros elementos legales internacionales como la inmunidad de jefes de Estado.<sup>748</sup>

---

<sup>746</sup> Véase *Prosecutor vs. Tadic*, Case IT-94-I-T- Decision on Jurisdiction, para. 79, 2 October 1995.

<sup>747</sup> Bassiouni, ‘Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice’, (2001) 42 *Virginia Journal of International Law Association* 81, 86.

<sup>748</sup> *Ibid.*



La tesis de Bassiouni, carece de mérito, según nuestra consideración. Carece de mérito, en primer lugar, porque a como hemos observado, el principio de jurisdicción universal se fundamenta en la comisión y sustancia del crimen mismo y no en vínculos territoriales, o de nacionalidad, asociados con el Estado que procesa a los culpables en nombre del derecho internacional. Si la práctica jurisdiccional estatal ha sido fundamentada sobre esos principios indicados por ese investigador, entonces, no estamos aludiendo al principio de jurisdicción universal sino que a otra tipología de jurisdicción. Sería conveniente que Bassiouni nos aclare este discurso, especialmente si de ahí inferimos que la práctica estatal no debe de contravenir las regulaciones del derecho internacional. Ciertamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español no se ajusta de ninguna manera a la tesis abogada por Bassiouni.

En segundo lugar, todo lo contrario a lo que afirma este docto, el consenso general en la literatura legal es que la fuente que justifica la implementación del principio de jurisdicción universal, bajo el derecho internacional, se encuentra en los tratados y en el derecho internacional consuetudinario. Existe el consenso general de que los Estados, a través de la costumbre internacional y los tratados, tienen el deber de implementar el principio en cuestión para ciertos crímenes.<sup>749</sup>

Extendamos estas ideas para mayor claridad. En contraste a la premisa anterior, algunos han defendido que tratados que engendran implementación del principio de jurisdicción universal son inconsistentes con los principios del derecho internacional.<sup>750</sup> Este argumento posiblemente encuentra sus bases en preocupaciones de Estados que, como los Estados

---

<sup>749</sup> Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (Routledge 2004) 113; B. Stern, *A Propos de la Competence Universelle* (On Universal Jurisdiction) in E. Yakpo & T. Boumedra (Editors), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui* (Kluwe 1999) 735, 739.

<sup>750</sup> M.H. Morris, 'Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks' (2001) 35(2) *New England Law Review* 337, 349.

Unidos, se oponen la jurisdicción de la CPI porque sus nacionales corren el peligro de que sean alcanzados por las fronteras abiertas de la jurisdicción universal, cuando ello se refiere a crímenes graves contra el derecho internacional. Estas ideas carecen de bases jurídicas en el derecho internacional porque, aunque los tratados positivén normas que hagan valer el principio en cuestión, por medio de esta vía no se construyen obligaciones para terceros Estados, de acuerdo con el Artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,<sup>751</sup> con la salvedad para los nacionales de esos terceros Estados que hayan cometidos crímenes internacionales graves. Aún más, el hecho de que un tratado contenga disposiciones normativas que permita a los signatarios ejecutar y proyectar su obligatoriedad en cumplimiento de la jurisdiccional criminal universal, sobre ciudadanos de terceros Estados, esta obligatoriedad no puede constituirse como una violación *per se* a la norma de la soberanía estatal de terceros, ni a los derechos de ciudadanía de los nacionales de éstos últimos. El Tribunal Constitucional Español aclaró que, “los Estados en que se ejecutan este tipo de hechos no pueden aducir injerencias en su soberanía, pues los Magistrados del Estado que asume la competencia represiva hacen valer la propia, en función de la preservación de intereses comunes de la Humanidad civilizada; sustentan la extraterritorialidad de su jurisdicción en el principio legal -interno e internacional- de persecución universal”.<sup>752</sup> Igualmente es importante indicar que, aún cuando un tratado contenga disposiciones que consagren el principio de jurisdicción universal, o se alogue en él la noción de extraditar o procesar, un tercer Estado podría rehusarse a actuar por esa vía, aún cuando el criminal se encuentre en el tercer Estado.

---

<sup>751</sup> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 34 estipula que “un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.

<sup>752</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España (supra nota 733).

Esto no quiere decir que el principio de jurisdicción universal (sin limitaciones) cause fracturas en el orden global y conlleve a la privación de los derechos humanos individuales cuando sea usada de manera política.<sup>753</sup> En contraposición, aún cuando el Estado no parte de un tratado se rehúse por esa vía a implementar el principio de jurisdicción universal, el Estado no parte del tratado está obligado, por la vía consuetudinaria, a activar su maquinaria penal en el ejercicio del principio de jurisdicción universal, y en su cumplimiento obligatorio del sistema legal internacional. Es correcto, a como el mismo Bassiouni afirma, que la práctica jurisdiccional universal de los Estados, como fundamento de decisiones judiciales, es escasa y que, a como defiende Acosta Estévez, la poca práctica existente demuestra la necesidad de establecer de forma expresa en el ordenamiento jurídico interno de los Estados a la jurisdicción universal. Sin embargo, la sugerencia de Bassiouni carece de bases porque no se ha demostrado contundentemente que el sistema legal internacional haya llegado a un punto muerto jurisdiccional. La fuente consuetudinaria del principio de jurisdicción universal confiere a todos los Estados autoridad para sancionar la ilegalidad de crímenes graves que ponen en peligro el orden internacional y, donde el principio de legalidad juega un papel central en el cumplimiento del derecho internacional, situación que implica que, al menos en teoría, se preserve la intención genuina para lo cual fue construido.

Los Estados poseen percepción sobre lo que constituye un crimen internacional y, sujetándose a las normativas y definiciones del acto repudiado, establecidas por el derecho internacional, pueden actuar en su cumplimiento. Basta observar el boom energético actual de tratados internacionales múltiples que sancionan crímenes universales graves. Si estos tratados no reflejan una opinión generalizada de que esos crímenes deben de reprimirse

---

<sup>753</sup> Ibid.

universalmente, así positivado a través de éstos, y con los cuales dirigir sus acciones contra atrocidades, en contraste, es de valor preguntarse qué reflejan. Recordemos que el derecho internacional consuetudinario alcanza a todos los Estados sin excepción. Los tratados y convenciones internacionales, que en gran medida cristalizan derecho consuetudinario, por ejemplo, las Convenciones de Ginebra, reflejan el consenso general sobre la necesidad de afirmar prohibiciones sobre crímenes graves, y su naturaleza sustancial. Así, por ejemplo, el Artículo 2 de la Convención sobre Genocidio de 1948, claramente establece que para efectos de la Convención, “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.<sup>754</sup> A partir de este instrumento, el crimen de genocidio ha sido definido en otros instrumentos legales internacionales como actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.<sup>755</sup> Inclusive la doctrina ha contribuido con la cuestión. De esta manera Beltra Ballester aclara que el genocidio es un “conjunto de actos consistentes en la privación de cualquiera de los derechos elementales de la persona humana, realizado con el propósito de destruir total o parcialmente una población, en razón a sus vínculos raciales, nacionales o religiosos, o bien realizar actos lesivos de los derechos individuales

---

<sup>754</sup> Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Art. 2.

<sup>755</sup> Por ejemplo, Estatuto del TCIAY, Art. 6; Estatuto del TCIR, Art. 2; Estatuto de Roma, Art. 6.

definidores de la existencia de un grupo nacional, étnico, racial o religioso con el propósito de destruirlo total o parcialmente”.<sup>756</sup>

También, el crimen de guerra no ocurre en un vacío jurisdiccional. Este crimen ha sido definido en varios instrumentos jurídicos internacionales. Aquí nos ocuparemos de daños colaterales como crimen de guerra, pero dentro del ámbito jurisdiccional de la CPI, y a como hemos explicado, este es un crimen grave que fecunda el principio de jurisdicción universal.

### 5.3 Daños Colaterales como Crimen de Guerra bajo la Jurisdicción de la CPI

Nos parece metodológicamente conveniente comenzar con una exposición breve de la noción de crimen de guerra, para después contextualizarlo con relación a daños colaterales excesivos dentro del ámbito jurisdiccional de la CPI.

#### 5.3.1 El Crimen de Guerra: Concepto

El crimen de guerra ha sido definido de varias maneras. No citaremos todas las definiciones porque este no es el objeto de esta sección sino que mencionar algunas para efectos de comprensión del término y exponer la nuestra. Atendiendo a las explicaciones antes expuestas, podríamos decir que un crimen de guerra es: a) un acto ilícito internacional cometido durante una guerra; 2) el acto infringe gravemente el derecho internacional; 3) la naturaleza del acto trasciende a la víctima, o víctimas, afectando a toda la comunidad internacional en su conjunto; 4) el acto genera el principio de jurisdicción universal el cual, correspondientemente activa obligaciones imperativas y *erga omnes* para todos los Estados del sistema internacional con el objeto de reprimirlos. Werle defiende que el crimen de guerra ha sido construido para referirse a conducta criminal cometida durante tiempos de

---

<sup>756</sup> Beltrán Ballester, citado en Rodríguez-Villasante y Prieto, ‘Los Delitos contra la Comunidad Internacional’ (Seguridad Nacional – Seguridad Internacional, VIII Seminario Duque de Ahumada/Cla (Ministerio del Interior Español 1996) 56.

guerra o en otros conflictos.<sup>757</sup> Esta definición es un poco confusa en lo concerniente a la idea de otros conflictos porque no delimita con exactitud que taxonomía de crímenes corresponden a actos ilícitos cometidos en tiempos de guerra. Así, ¿es el terrorismo un crimen de guerra?

El Tribunal Internacional Militar de Núremberg conceptualizó a crímenes de guerra como violaciones a las leyes y costumbres de la guerra. Esta definición incluyó como crimen de guerra “el asesinato, los malos tratos, o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”.<sup>758</sup> Las Convenciones de Ginebra establecen una lista de infracciones graves tipificadas como crímenes de guerra.<sup>759</sup> Ahora, así como la tipificación del concepto de crimen de guerra debe estar vinculada a la noción de conflicto armado y la de combatientes, indica Ratner,<sup>760</sup> la noción de ‘infracciones graves’ solo es implementable a conflictos armados internacionales y contra personas que participan activamente en el campo de las confrontaciones.<sup>761</sup> Plattner concurre con Ratner. Según Plattner, el DIH de los conflictos armados de índole no internacional no confiere autoridad legal para invocar responsabilidad penal individual contra individuos culpables de

---

<sup>757</sup> Werle, *Principles of International Criminal Law* (supra nota 706) 269.

<sup>758</sup> Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Núremberg, Art. 6.

<sup>759</sup> Acosta Estévez, ‘Los Tipos Delictivos Graves Contra las Personas y Bienes Protegidos en Caso de Conflicto Armado en el Código Penal Español’ (2008) 1; Steven Ratner, ‘Categories of War Crimes’ in R. Gutman *et.al.* (Editors), *Crimes of War: What the Public Should Know* (W. W. Norton & Company 2007) 420.

<sup>760</sup> Ibid.

<sup>761</sup> Ibid.

violaciones a ese cuerpo normativo.<sup>762</sup> Estas ideas son fundamentadas posiblemente en el hecho de que a pesar de que las Convenciones de Ginebra y el PAI establecen como infracciones graves a crímenes de guerra<sup>763</sup> que, bajo el principio de jurisdicción universal, obligan a todos los Estados partes a buscar y penalizar a sus infractores en nombre del derecho internacional, el PAII, ni tampoco el Artículo Común 3 establecen mecanismo procesal concreto alguno para infracciones graves. En otras palabras, ni el PAII ni tampoco el Artículo Común 3 obligan a las partes a reprimir infracciones graves con relación a responsabilidad criminal individual.<sup>764</sup> Con relación al PAII, la Comisión de Derecho Internacional sugirió que este instrumento no podía incluirse en la lista de todos los tratados que definen a un crimen internacional presumiblemente por la falta de ese mecanismo procesal que la CPI debería emplear en un juicio. Sin embargo, debido a que el PAII meramente regula, o prohíbe, la conducta entre las partes, pero sin contenido alguno de una cláusula que trate con las infracciones graves, o disposición que las haga respetar, entonces las infracciones al instrumento quedarían fuera de la jurisdicción de la CPI.<sup>765</sup>

---

<sup>762</sup> Denise Plattner, 'The Penal Repressions of Violations of International humanitarian Law Applicable in Non-international Armed Conflicts' (1990) 30(278) *International Review of the Red Cross* 409, 410.

<sup>763</sup> Véase el PAI, Art. 85 referente a la represión de infracciones graves al PAI y las Convenciones de Ginebra.

<sup>764</sup> Esta ciertamente es la posición de la Comisión de Derecho Internacional.

<sup>765</sup> Plattner, 'The Penal Repressions of Violations of International humanitarian Law Applicable in Non-international Armed Conflicts' (supra nota 762) 14. Thomas Graditzky concurre: "Si es cierto que las normas del DIH aplicables en situaciones de conflicto interno regulan la conducta de los individuos, queda por determinar si su violación implica la responsabilidad penal individual de su autor y, más exactamente, si esta eventual responsabilidad emana del derecho internacional en su estado actual. Empezaremos poniendo de relieve que es comúnmente aceptado que las disposiciones convencionales aplicables a los conflictos armados no internacionales no contienen elemento incriminatorio alguno específico de las violaciones graves de las normas que dictan. De hecho, en el artículo 3 común nada se dice al respecto y en el Protocolo II no se prevé régimen alguno equiparable al de las infracciones graves consignadas en los Convenios de 1949 y completadas en el Protocolo I"; véase T. Graditzky, 'La Responsabilidad Penal por Violación del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en Situación de Conflicto Armado No Internacional' (1998) 145 *Revista Internacional de la Cruz Roja* <<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkb.htm>> accedida el 1 de mayo de 2012.

Estas interpretaciones referentes a un crimen de guerra son restrictivas por varias razones. Primero porque, una vez que un conflicto interno ha sido jurídicamente calificado como tal, y en ese conflicto se cometen atrocidades, a razón de estos actos ilegales se puede invocar el principio de jurisdicción universal para reprimirlos. Recordemos que esos actos repudiados ponen en peligro la estabilidad del orden internacional especialmente si, por ejemplo, con ellos resultan flujos incontrolados de migraciones forzadas o se internacionaliza el problema. En el caso de genocidio en Guatemala, aunque el Tribunal Constitucional Español no analizó la situación con relación a la noción de conflicto no internacional, sino con respecto al principio de jurisdicción universal, fue extraordinario que tuviera autoridad jurisdiccional para proceder procesalmente en el caso. En segundo lugar, indicar que el Artículo Común 3, y el PAII no proveen bases para invocar responsabilidad criminal individual, es una interpretación muy restrictiva de esos instrumentos, cuestión que dejaría sin posibilidad de juicio a abusos. Dentro del contexto de estos dos instrumentos la situación que debemos sopesar es la gravedad del crimen, de acuerdo con el derecho internacional, sin confundirla con la criminalidad común, y cuestionarse si la gravedad engendra jurisdicción para el crimen en cuestión. Seguro que esta no es una cuestión de descalificar simplemente a atrocidades cometidas en conflictos de carácter no internacional, cuando en realidad son esas mismas atrocidades que se cometen en conflictos internacionales. Aún más, si bien aceptamos que las normas del derecho internacional son, de conjunto, dirigidas a los Estados, individuos actuando como agentes de esos Estados incurren en responsabilidad al violar gravemente el derecho humanitario, o la responsabilidad internacional del Estado por no penalizarlo.<sup>766</sup> En última

---

<sup>766</sup> Meron, 'International Criminalization of Internal Atrocities' (1995) 89(3) American Journal of International Law 554, 555.



instancia no debemos olvidar que los individuos son los perpetradores de los crímenes y no entidades abstractas actuando en un vacío jurídico. El Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra encapsula protecciones elementales de humanidad que, en caso de ser violadas, tales violaciones a esas protecciones podrían considerarse perfectamente infracciones graves, en atención a la naturaleza y sustancia intrínseca del crimen cometido. Bajo esta interpretación, actitudes conceptuales usadas como bases jurídicas para oponerse a la idea de jurisdicción universal, implementable a atrocidades cometidas en conflictos de carácter no internacional son indefensibles.<sup>767</sup> En efecto, el Manual de Campo del Ejército de los Estados Unidos contempla a violaciones de la Convención de la Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, las Convenciones de Ginebra y, del Artículo Común 3 como generador de responsabilidad criminal individual, implicándose que cualquier infracción al DIH es un crimen de guerra.<sup>768</sup> Bajo esta nueva interpretación del Artículo Común 3, transgresiones al instrumento, cometidas por individuos, corresponden a infracciones graves, congruentes a un crimen de guerra. Así, estas infracciones conllevan a procesamiento legal según el manual de ese ejército.

También el Manual Militar Alemán considera, como parte de este boom energético progresivo, a trasgresiones del PAII y del Artículo Común 3 como graves y, por tanto, motivo para invocar responsabilidad penal individual contra infractores.<sup>769</sup> El Artículo 76 del Código Penal Militar del Ejército Español regula que “el militar que intencionalmente causare la muerte o lesiones graves, torturas, violación, o trato inhumano a heridos, enfermos, náufragos, prisionero de guerra, población civil, efectuarse con ellos experiencias médicas o científicas no justificadas que no se ejecuten en bien suyo ni consentidas, o les

---

<sup>767</sup> Ibid.

<sup>768</sup> Ibid 565.

<sup>769</sup> Ibid.

causare de propósito grandes sufrimientos, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión. Si ejecutase actos que pongan en grave peligro la integridad física o la salud, se impondrá la pena inferior en grado”.<sup>770</sup> Este precepto, leído e interpretado a la luz de su concordancia con el Artículo 609 del mismo Código Penal<sup>771</sup> establece bases sólidas para que atrocidades cometidas en conflictos de carácter no internacional sean penalizadas como infracciones graves. Ahora bien, mientras en estos preceptos del Código Penal Español no se hace alusión expresa alguna al Artículo Común 3, ni al PAII, a diferencia de los otros dos casos mencionados, nuestra opinión es que, perpetradores de crímenes de guerra pueden ser castigados por el derecho penal español, desde que, a como correctamente defiende Acosta Estévez, el Artículo 609 del Código Penal, “exige como requisito que los hechos se cometan “con ocasión de conflicto armado”, pues en otra circunstancia las conductas tipificadas darían lugar a otros delitos, esto es, se establece un concurso de delitos”.<sup>772</sup> Además, a como acertadamente Acosta Estévez defiende, en alusión hecha al artículo 614 del Código Penal Español, “los Convenios de Ginebra estipulan la obligación de los Estados a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de implementarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves previstas en los mismos (arts. 49, 50, 129 y 146, respectivamente, del I, II, III y IV Convenios). En igual

---

<sup>770</sup> Código Penal Militar del Ejército de España, Art. 76.

<sup>771</sup> El Art. 609 del Código Penal Militar del Ejército de España regula que “El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos”, citado en Acosta Estévez, ‘Los Tipos Delictivos Graves Contra las Personas y Bienes Protegidos en Caso de Conflicto Armado en el Código Penal Español’ (supra nota 759) 2.

<sup>772</sup> Ibid. En explicación de notas al pie de página número 2 cita al Código Penal Español, Art. 614, el cual refuerza esta gravedad de las violaciones a los Convenios de Ginebra como delitos.

sentido se pronuncian los artículos 85.1 y 86.1 del Protocolo I Adicional”.<sup>773</sup> El asunto extraordinario en este entretejido jurídico es que “si bien los textos normativos enunciados no exigen a los Estados parte el sancionar penalmente las violaciones no constitutivas de infracción grave, el artículo 614 del Código Penal los eleva a la categoría de delitos, en tanto que dispone [de] un *tipo general residual*, si bien son infracciones o actos de menor entidad que no son merecedores del calificativo de infracciones graves. Por otra parte, en relación a los tratados internacionales, distintos de los Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos Adicionales, y que versen sobre la conducción de las hostilidades y protección de las personas protegidas de los que el Estado español sea parte, el citado precepto incrimina como delitos menos graves las *infracciones* o *actos contrarios* a las prescripciones dispuestas en los mismos. El artículo 614 constituye una *norma penal en blanco*, que actúa realizando una remisión a las prescripciones de los tratados internacionales sobre la conducción de las hostilidades y protección de las personas protegidas, con el objetivo de evitar que pueda quedar impune alguna conducta merecedora de sanción según dichos tratados”.<sup>774</sup>

Los ejemplos continúan y no es nuestra intención citarlos todos. Lo trascendental es indicar que existe evidencia para sostener la tesis de que, ya existe reconocimiento para la cada vez creciente tendencia a considerar a Artículo Común 3 y al PAII como bases generadoras de responsabilidad penal individual, concerniente a la comisión de atrocidades en conflictos de carácter no internacional, tendencia que, inclusive ha desembocado en tribunales internacionales como Ruanda (1994). Así, la Comisión Independiente de Expertos para el caso de Ruanda, después de haber determinado la situación como un conflicto de carácter

---

<sup>773</sup> Ibid.

<sup>774</sup> Ibid.

no internacional en ese Estado, afirmó que el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra y el PAII, así como el principio de responsabilidad penal individual, eran aplicables en tal conflicto.<sup>775</sup>

Finalmente, el ejemplo más reciente de la noción de crímenes de guerra, manifestado como infracciones graves, la encontramos codificada en el Artículo 8 del Estatuto de Roma de la CPI. En concreto el Artículo 8 del Estatuto de Roma, concerniente a crímenes de guerra, codifica que “la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” y que para los “efectos del...Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

1. Infracciones graves de los Convenios de Ginebra...a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: (i) Matar intencionalmente; ii) Tortura u otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; viii) Tomar rehenes;

---

<sup>775</sup> Véase el comentario de Graditzky, ‘La Responsabilidad Penal por Violación del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en Situación de Conflicto Armado No Internacional’ (supra nota 765).

2. Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional...”,<sup>776</sup> por ejemplo, ataques deliberados contra bienes civiles y la población civil o a los que hayan depuesto sus armas, ejecutar ataques con la intención de causar daños excesivos, etc.
3. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del Artículo 3 Común a los cuatro Convenios de Ginebra...’,<sup>777</sup> por ejemplo, homicidio en todas sus formas, mutilaciones, tortura, toma de rehenes, tratos humillantes, condenas sin previas sentencias de tribunales competentes, etc.<sup>778</sup>

La definición de crimen de guerra contenida en el Estatuto de Roma es de suma relevancia porque muestra la interpretación más reciente de ese ilícito internacional y pone de relieve, para algunos, el carácter expansivo del acto. En este respecto, por ejemplo, la CPI ha sido criticada de modificar algunas definiciones de crímenes muy bien establecidos por el derecho internacional, así como de adoptar nuevos crímenes internacionales bajo su jurisdicción y para los cuales no existe consenso internacional.<sup>779</sup> Aquí no entraremos a analizar estas cuestiones. La cuestión que nos interesa son las disposiciones penales concernientes al principio de proporcionalidad, disposiciones que son tan vagas en sí mismas, tanto que, se corre el peligro de que cualquier incidente que se perciba como daños colaterales, ocurrido en el teatro de la guerra, podría generar, quizás, procesos judiciales pertinentes a acusaciones de crímenes de guerra. También nótese que ningún tribunal

---

<sup>776</sup> Estatuto de Roma, Art. 8.

<sup>777</sup> Ibid.

<sup>778</sup> Ibid.

<sup>779</sup> H. Halberstam, ‘Panel Discussion: Association of American Law Schools Panel on the International Criminal Court’ (1999) 36(2) American Criminal Law Review 1, 233; es uno de los académicos que más critica a la Corte; Marko Divac Overg, ‘The Absorption of Grave Breaches into War Crimes Law’, (2009) 91(8) International Review of the Red Cross 163, 168: “...the inclusion of the concept of war crimes in the ICC’s jurisdiction was not controversial, specific war crimes and their definitions were”.

internacional, lo que incluye a la CPI, ha emitido pronunciamiento alguno, hasta ahora, concerniente al caso de daños colaterales desproporcionados como crimen de guerra. Esta peculiaridad se debe a que, la norma es tan indeterminada jurídicamente como para permitir procesamiento penal contra ataques ilegales que resulten en daños colaterales excesivos. Entonces, veamos hipotéticamente el posible proceso dentro del contexto jurisdiccional de la CPI. Para ello nos veremos forzados a recurrir a algunos de las cuestiones ya explicadas e hilar la siguiente sección. Para construir nuestra posición teórico-explicativo nos fundamentaremos en los elementos constitutivos del crimen de guerra y según lo contenido al respecto en el Estatuto de Roma.

### 5.3.2 Daños Colaterales Excesivos como Crimen de Guerra

#### 5.3.2.1 La Intención Criminal como Elemento Constitutivo del Crimen de Guerra

Reiteremos este primer elemento constitutivo de un ilícito calificado como crimen de guerra: el requisito de la intencionalidad criminal detrás del acto cometido. Este requisito de la intención criminal lo encontramos en los ya citados preceptos contenidos en el Artículo 8(2)(b) del Estatuto de Roma, y estipula lo siguiente: “i) dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares; iv) lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea...”<sup>780</sup> Pues bien, antes de diseccionar estos epígrafes del Artículo 8(2)(b), también, citemos la disposición sustantiva contenida en el Artículo 51(2) del PAI. En este artículo se regula que “no serán

---

<sup>780</sup> El Estatuto de Roma, Art. 8 (supra nota 776).

objeto de ataque la población civil *como tal*<sup>781</sup> ni las personas civiles”. Nuestra interpretación de esta disposición es que el precepto establece, aunque de manera indirecta, el requisito de la intencionalidad criminal como constituyente del crimen de guerra. Esta interpretación se desprende de la función morfológica que cumple la expresión *como tal*, refiriéndose con ello a ataques deliberados contra civiles. En este sentido, el PAI reitera el factor de la intencionalidad criminal contenido expresamente en el Artículo 8(2)(b)(i)(ii)(iv). Pero este entretejido normativo referente al requisito de la intención criminal, como elemento cualificante del crimen de guerra, debe ser interpretado a la luz del Artículo 30(2) del Estatuto de Roma. En esta disposición se regula lo siguiente: “el error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto”.<sup>782</sup> Lo que queremos implicar con esta última correlación es que en la disposición contenida el Artículo 8(2)(b) claramente se circunscribe el elemento de la intencionalidad criminal dentro del Estatuto de Roma, pero atendiendo a las circunstancias que eximen de responsabilidad penal a individuos, contenidas en el Artículo 31 del Estatuto de Roma.<sup>783</sup>

---

<sup>781</sup> Letra en cursiva no es parte del texto original.

<sup>782</sup> Estatuto de Roma, Art. 30(2) (supra nota 774); ibid Art. 33 que estipula lo siguiente: “Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) no supiera que la orden era ilícita; y c) la orden no fuera manifiestamente ilícita. [Para] los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”.

<sup>783</sup> Ibid. Art. 31 indica como circunstancias eximentes de un crimen a las siguientes: “1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: a) Padeciere de una

También es importante señalar que, atendiendo a la conducta de intencionalidad criminal en el contexto de todas las ideas antes expresadas, debemos destacar dos particularidades determinantes sobre la posible penalización de la conducta criminal. En primer lugar, tenemos un elemento objetivo-normativo correspondiente al despliegue de la conducta hostil del perpetrador; en este caso lanzar un ataque en el contexto de un conflicto armado.<sup>784</sup> A esta particularidad hay que agregar un segundo elemento objetivo-normativo: el ataque es de tal magnitud que por su naturaleza causaría heridos y muertes incidentales de civiles o de personas protegidas,<sup>785</sup> y daños ambientales a largo plazo. Igualmente dentro de este contexto, y aquí es donde entra en juego el elemento de la intencionalidad criminal, el perpetrador lanza el ataque a sabiendas de que ese ataque resultará en daños colaterales excesivos. A este último elemento debemos agregarle un cuarto más de carácter

---

enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley; b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera; c) Actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realice una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado; d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control. 2. La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que esté conociendo. 3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

<sup>784</sup> Fernando Pignatelli y Meca, ‘El Terrorismo Como Crimen de Lesa Humanidad y Crimen de Guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional’ en Ministerio de Defensa, *Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional* (Instituto Español de Estudios 2006) 207

<[http://www.portalcultura.mde.es/Galerias/publicaciones/fichero/CE\\_133.pdf](http://www.portalcultura.mde.es/Galerias/publicaciones/fichero/CE_133.pdf)> accedido el 1 de mayo de 2012.

<sup>785</sup> Ibid.



prospectivo; los daños colaterales excesivos deben de sopesarse a la luz de la ventaja militar anticipada.

De estos argumentos, inferimos dos conclusiones. Primero en un conflicto armado habrá siempre ataques ejecutados por perpetradores, que a sabiendas de que tales ataques causarán daños colaterales excesivos, los cometen. Segundo, también habrá siempre ataques que resultan en daños colaterales desproporcionados pero lanzados sin intención de haberlos causado. En este contexto es donde entra en juego toda la problemática concerniente al principio de proporcionalidad analizada en el capítulo 3, y que no repetiremos, pero que basta con mencionar cómo medir daños colaterales en relación al valor que se le confiera a la ventaja militar alcanzada. Ahora, si nos ajustamos al argumento de que el perpetrador de la conducta criminal, lanzó un ataque que causaría claramente daños colaterales excesivos en relación a la ventaja militar directa y concreta anticipada, esto no quiere decir automáticamente que el que ejecuta el ataque incurra en responsabilidad penal individual por daños colaterales desproporcionados. Consideramos este argumento basados en la circunstancia de que, a como constatamos en el capítulo 3, el análisis del principio de proporcionalidad es una cuestión subjetiva, sujeta a valores de juicio referentes a la incompatibilidad de los elementos involucrados en la balanza correspondiente al principio. Además, el elemento ‘a sabiendas’ deja una puerta abierta para eximir de responsabilidad penal al individuo que ejecuta el ataque. En efecto, es muy difícil que un individuo incurra en responsabilidad penal si, al ejecutar un ataque lo hizo bajo la opinión de que el acto no causaría daños colaterales excesivos en relación a la ventaja militar alcanzada. Esta interpretación es consistente con el hecho de que, la posible culpabilidad que se dé al individuo depende de su propia valoración de juicio, dispensado

así por las circunstancias bajo las cuales ejecutó el ataque.<sup>786</sup> Por consiguiente, si el que lanzó el ataque era de la opinión de que el ataque no resultaría en daños colaterales excesivos, al momento de lanzarlo, a pesar de que tal acción resulte en daños excesivos, entonces, la Corte no podría pronunciarse implicando culpabilidad alguna para el acusado bajo este razonamiento.<sup>787</sup> El análisis de la Corte, referente a la valoración de juicio que conciba del acusado, con relación al exceso de daños colaterales resultantes del ataque lanzado, es irrelevante.<sup>788</sup> El acusado es el habilitado para juzgar, o valorar, que tan proporcional puede ser el ataque, valoración que, en última instancia, determina la intencionalidad criminal de su conducta o, por ignorancia, su conducta puede ser eximida de toda responsabilidad. Esa impunidad ocurre en muchos casos, especialmente si los daños colaterales excesivos son legitimados bajo la sombrilla de la necesidad militar.

Razonablemente, entonces, aclamar violaciones al principio de proporcionalidad, en sí mismo, no constituye formalmente un crimen de guerra. El elemento de la intención de la conducta debe ser sustanciado jurídicamente para que las violaciones se constituyan como crimen de guerra. Esta cuestión es difícil de ser probada, donde medir elementos cuantitativos, por ejemplo número de muertes civiles, frente a factores cualitativos, como la prognosis de la ventaja militar adquirida, es una diatriba seria en un teatro bélico asimétrico. Analicemos dos ejemplos clásicos que demuestran esta tesis, donde incidentes que involucran acusaciones de daños desproporcionados han sido difíciles de ser probadas.

El primer ejemplo es referente a ataques desproporcionados cometidos en Iraq en el año 2003. Luis Moreno Ocampo, fiscal de la CPI, recibió aproximadamente 240

---

<sup>786</sup> Bothe concurre con este argumento; véase Bothe 'War Crimes' in A. Cassese *et.al.* (Editors), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (Oxford University Press 2002) 400.

<sup>787</sup> Ibid.

<sup>788</sup> Ibid.

comunicaciones concernientes a la legalidad de las operaciones militares de la Coalición, formada entre los Estados Unidos y el Reino Unido, en la guerra contra Iraq. La acusación fundamental contra la Coalición fue específicamente de haber ejecutado ataques contra civiles, claramente excesivos, por tanto, crímenes de guerra.<sup>789</sup> La determinación de tal acusación se basó en información disponible sobre la muerte de un número considerable de muertes civiles, y de heridos, durante las operaciones militares, información que no hacía alusión alguna a ataques intencionados contra la población civil.<sup>790</sup> Es de importancia también indicar que, el número de muertes civiles ocurridas durante el conflicto en el año 2003 es disputado. Algunos estudios muestran que entre marzo y mayo ocurrieron aproximadamente 6,500 muertes civiles, otros concluyen un promedio de 3,750 muertes. Enfrentado con la acusación de daños colaterales excesivos, adjetivados de crímenes de guerra, cometidos por la Coalición, Moreno Ocampo afirmó lo siguiente: “under international humanitarian law and the Rome Statute, the death of civilians during an armed conflict, no matter how grave and regrettable, does not in itself constitute a war crime. International humanitarian law and the Rome Statute permit belligerents to carry out proportionate attacks against military objectives, even when it is known that some civilian deaths or injuries will occur. A crime occurs if there is an intentional attack directed against civilians (principle of distinction) (Article 8(2)(b)(i)) or an attack is launched on a military objective in the knowledge that the incidental civilian injuries would be clearly excessive in relation to the anticipated military advantage (principle of proportionality) (Article 8(2)(b)(iv))”.<sup>791</sup> Obsérvese que aquí el fiscal exime de responsabilidad penal a la Coalición, fundamentándose en el elemento anteriormente identificado, la carencia de intencionalidad

---

<sup>789</sup> Véase Luis Moreno Ocampo, Carta concerniente a la situación en Iraq, 2006.

<sup>790</sup> Ibid.

<sup>791</sup> Ibid.

de la conducta que motiva el ataque; en consecuencia, la gravedad del ataque con relación a daños excesivos es inmaterial o irrelevante. En otras palabras, la gravedad del ataque que resulte en daños excesivos es intrínsecamente condicionada por el elemento de la intención; la correlación entre estos dos factores determina la culpabilidad implicada en un crimen de guerra. Bajo esta posición daños colaterales excesivos no constituyen automáticamente crímenes de guerra. Observemos que, el fiscal llega a otra conclusión, a nuestro juicio muy bien acertada: la información disponible no permitía concluir que existían bases razonables para pensar que ataques claramente excesivos habían sido cometidos dentro del ámbito jurisdiccional de la Corte.<sup>792</sup> También, el fiscal estableció como parte de esta conclusión que, en consonancia con lo estipulado en el Artículo 15(6) del Estatuto de Roma, la demanda puede ser considerada a la luz de nuevos hechos o evidencia, sin embargo, tomando en cuenta la limitada jurisdicción de la Corte, así como la naturaleza del principio de complementariedad, por consiguiente, el mecanismo más efectivo para tratar con acusaciones de crímenes de guerra corresponde a los sistemas legales internos de los Estados.<sup>793</sup>

El segundo ejemplo se refiere a ataques desproporcionados durante la Operación Fuerza Aliada ejecutada en la Antigua Yugoslavia. Este caso, por supuesto, no fue circunscrito dentro de la jurisdicción de la CPI puesto, que no entró en vigor sino hasta el primero de julio de 2002. No obstante, la situación que nos presenta este caso tratado por el TCIAY, con relación a daños colaterales excesivos como crimen guerra, es similar al anterior. Esta cuestión merece que la tratemos con un poco de cuidado con el objeto de extraer algún tipo de conclusión relacionada con el crimen de guerra.

---

<sup>792</sup> Ibid.

<sup>793</sup> Ibid.

Pues bien, recordemos que la OTAN llevó a cabo su campaña militar contra la República Federal de Yugoslavia, entre el 24 de marzo de 1999 y el 9 de junio del mismo año. Durante el periodo del conflicto, el fiscal recibió un número considerable de peticiones que tenían por objeto requerir la investigación de personal militar y político de la OTAN, acusado de haber transgredido seriamente los principios normativos del DIH, formulación de cargos que debería estructurarse en cumplimiento del Artículo 18(1)(4).<sup>794</sup> La acusación se fundamentaba sobre un informe preparado por HRW, relativo al número de muertes civiles ocurridas durante la campaña militar aérea de la OTAN. Según el informe, alrededor de 500 muertes de civiles sucedieron en 90 incidentes diferentes.<sup>795</sup> La crítica hecha contra la OTAN fue basada en los siguientes dos argumentos: primero, el uso ilegal de la fuerza debido a la comisión de ataques deliberados contra infraestructura y población civil y, segundo, las fuerzas causaban deliberada o imprudentemente muertes civiles excesivas por no respetar el principio de proporcionalidad, en particular, cuando estaban llevando a cabo una guerra sin víctimas. Acusaciones concernientes a esta guerra sin víctimas involucraban la sugerencia de que las fuerzas aéreas de la OTAN operaban a gran altura para evitar ser atacadas por las fuerzas yugoslavas situación que, en consecuencia, inhabilitaba a las

---

<sup>794</sup> El Estatuto del TCIAY, Art. 18(1)(4) referente a “informes y establecimiento del acta de acusación”, consagra lo siguiente: “1) El Procurador abre un informe de oficio o en base a los testimonios e informes obtenidos de todo tipo de fuente, especialmente los gobiernos, los órganos de la Organización de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y no-gubernamentales. Evalúa los informes recibidos u obtenidos y se pronuncia sobre la oportunidad o no de iniciar las diligencias; 2) El Procurador está habilitado para interrogar a los sospechosos, las víctimas y los testigos, a reunir pruebas y a proceder a medidas de instrucción sobre el terreno. En la ejecución de tales tareas el Procurador puede, si es necesario, solicitar el concurso de las autoridades del Estado concernido”.

<sup>795</sup> Véase el informe de HRW, ‘Civilian Deaths in the NATO Air Campaign’ (2000) 12(1) <<http://www.hrw.org/reports/2000/nato/2000>> accedido el 1 de mayo de 2012. Véase también el concurrente Informe de Amnistía Internacional, ‘La OTAN en la República Federativa de Yugoslavia: ¿Daños Colaterales u Homicidios Legítimos. Violaciones al Derecho de los Conflictos Armados Cometidas por la OTAN durante la Operación Fuerza Aliada’ (2000) 7 de Junio de 2000 <<http://www.amnesty.org/es/library/asset/EUR70/018/2000/es/f38d7b45-df56-11dd-89a6-e712e728ac9e/eur700182000es.pdf>> accedido el 1 de mayo de 2012.

fuerzas de la alianza para distinguir adecuadamente entre objetivos militares y civiles en el campo de batalla.<sup>796</sup> Ahora bien, el Comité establecido para revisar la campaña aérea con el fin de preparar un informe sobre bases legales y fácticas de la campaña, para después someterlo a consideración del fiscal, incluyó información de varios ataques en el que murieron civiles.<sup>797</sup> La cuestión de suma trascendencia en el análisis de los hechos, es que al menos tres observaciones deben ser resaltadas. En primer lugar, el Comité toma una perspectiva sobre bases acumulativas del principio de proporcionalidad y, sugiere que, la campaña militar de la OTAN no puede ser examinada a la luz de caso por caso sino, por implicación, sobre bases acumulativas,<sup>798</sup> análisis difícil de ser realizado y que, podría conducir a conclusiones falsas o a decisiones judiciales dudosas. El Comité tampoco nos aclara absolutamente nada sobre las diatribas que afronta la norma, analizadas en el capítulo tres. En efecto, el Comité se circunscribe a afirmar que, por ejemplo, el problema principal del principio no es que si realmente existe, o no, sino que, en contraste, como definirlo e implementarlo.<sup>799</sup> Es relativamente simple afirmar que debe de existir una

---

<sup>796</sup> Ibid.

<sup>797</sup> Ibid. Los ataques fueron “a. the attack on a civilian passenger train at the Grdelica Gorge ...10 or more civilians killed, 15 or more injured, b. the attack on the Djakovica Convoy...70-75 civilians killed, 100 or more injured, c. the attack on Surdulica...11 civilians killed, 100 or more injured, d. the attack on Cuprija... 1 civilian killed, 5 injured, e. the attack on the Cigota Medical Institute ...3 civilians killed, f. the attack on Hotels Baciste and Putnik ...1 civilian killed, g. the attacks on the Pancevo Petrochemical Complex and Fertilizer Company... no reported civilian casualties, h. the attack on the Nis Tobacco Factory... no reported civilian casualties, i. the attack on the Djakovica Refugee Camp... 5 civilians killed, 16-19 injured, j. the attack on a bus at Lu`ane....39 civilians killed, k. the attack on a bus at Pec...17 civilians killed, 44 injured, l. the attack at Korisa village... 48-87 civilians killed, m. the attack on the Belgrade TV and Radio Station...16 civilians killed, n. the attack on the Chinese Embassy in Belgrade...3 civilians killed, 15 injured, o. attack on Nis City Centre and Hospital...13 civilians killed, 60 injured, p. attack on Istok Prison... at least 19 civilians killed, q. attack on Belgrade Hospital...3 civilians killed, several injured, r. attack on Surdulica Sanatorium...23 killed, many injured, s. attack on journalists convoy Prizren-Brezovica Road...1 civilian killed – 3 injured t. attack on Belgrade Heating Plant...1 killed, u. attacks on Trade and Industry Targets”.

<sup>798</sup> Esta posición ha sido criticada por varios expertos porque no toma en cuenta la proporcionalidad de los casos específicos que pueden conllevar a un número considerable de muertes; véase Laursen, ‘NATO, the War Over Kosovo, and the ICTY Investigation’ (supra nota 183) 793.

<sup>799</sup> ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia (supra nota 291).

relación aceptable entre daños colaterales no deseados y destrucción legítima.<sup>800</sup> Es mucho más fácil formular el principio de proporcionalidad, en términos generales, que implementarlo a un conjunto particular de circunstancias, debido a que la comparación se establece entre cantidades y valores disimilares.<sup>801</sup> Estas circularidades en las que cae el Comité, ya identificados por doctrina jurisprudencial, no agregan nada nuevo al principio de proporcionalidad pero, anticipan la conclusión a la que llegaría el fiscal, si el principio es implementable para el caso en mano.

En segundo lugar, el Comité incluyó en el informe las justificaciones sobre los daños colaterales dadas por la OTAN: “we are not targeting the Serb people as we have repeatedly have stated, nor do we target President Milosevic personally, we are attacking the control system that is used to manipulate the military and security forces”,<sup>802</sup> “[we have taken] every possible effort to avoid civilian casualties and collateral damage”<sup>803</sup> y, que si bien es cierto se han cometido errores durante los ataques, éstos, no son deliberados. Obsérvese que elemento de intencionalidad es inadmitido por la OTAN. Tampoco existe evidencia clara de que los ataques hayan sido ejecutados deliberadamente, o que hayan sido cometidos bajo la creencia de que el daño colateral era excesivo en relación a los objetivos militares alcanzados. Esta admisión daría lugar a la responsabilidad penal por crímenes de guerra.

En tercer lugar, el Comité indicó que “in brief, in combat military commanders are required: a) to direct their operations against military objectives, and b) when directing their operations against military objectives, to ensure that the losses to the civilian population

---

<sup>800</sup> Ibid.

<sup>801</sup> Ibid.

<sup>802</sup> Ibid.

<sup>803</sup> Ibid.

and the damage to civilian property are not disproportionate to the concrete and direct military advantage anticipated. Attacks which are not directed against military objectives (particularly attacks directed against the civilian population) and attacks which cause disproportionate civilian casualties or civilian property damage may constitute the *actus reus* for the offence of unlawful attack under Article 3<sup>804</sup> of the ICTY Statute. The *mens rea* for the offence is intention or recklessness, not simple negligence. In determining whether or not the *mens rea* requirement has been met, it should be borne in mind that commanders deciding on an attack have duties: a) to do everything practicable to verify that the objectives to be attacked are military objectives, b) to take all practicable precautions in the choice of methods and means of warfare with a view to avoiding or, in any event to minimizing incidental civilian casualties or civilian property damage, and c) to refrain from launching attacks which may be expected to cause disproportionate civilian casualties or civilian property damage”.<sup>805</sup>

Nótese que este elemento de *mens rea* es consagrado en el Artículo 3 del Estatuto del TCIAY, como obligación jurídica para juzgar penalmente a infractores de las leyes y costumbres del derecho de guerra, elemento que constituye la criminalidad de la intención. Por implicación, inferimos que esta obligación, a la que hace referencia el mencionado precepto, debe incluirse necesariamente la intencionalidad de la conducta, para determinar

---

<sup>804</sup> El Estatuto del TCIAY, Art. 3 concerniente a “violaciones de las leyes o prácticas de guerra” regula que “El Tribunal Internacional tiene competencia para perseguir a las personas que cometan violaciones de las leyes o prácticas de guerra. Tales violaciones comprenden, sin que esto impida reconocerse otras, las siguientes: a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas concebidas para causar sufrimientos inútiles; b) La destrucción sin motivo de ciudades y pueblos, o la devastación no justificada por exigencias militares; c) El ataque o los bombardeos, por cualquier medio, de ciudades, pueblos, viviendas o edificios no defendidos; d) La toma, destrucción o daño deliberado de edificios consagrados a la religión, a la beneficencia y a la enseñanza, a las artes y a las ciencias, a los monumentos históricos, a las obras de arte y a las obras de carácter científico; e) El pillaje de bienes públicos o privados”.

<sup>805</sup> Ibid.



la culpabilidad del acusado que haya lanzado ataques imprudentes y deliberados. El elemento de la intención asegura la diferencia entre el daño colateral incidental, sea excesivo o no, y los ataques deliberados contra infraestructura y la población civil. El problema es que, sin embargo, siendo la intención criminal difícil de probarse, o de ser admitida, esa falta de admisión deja la puerta abierta para que un perpetrador de ataques ilegales recurra como defensa a negligencia, errores de juicio, o de hecho para justificar daños colaterales excesivos. En otras palabras, la naturaleza indeterminada de la norma de la proporcionalidad permite sistémicamente que el que ejecute un ataque desproporcionado focalice su defensa en la falta de intención, o errores, y no en el resultado de una operación. Esta revelación nos obliga a pensar que la norma es una que colateralmente es intencionada para disuadir más que para obligar. En efecto, aceptar daños colaterales excesivos es un peligro que los responsables de los ataques no están dispuestos a correr porque entrarían en el territorio de crímenes de guerra, por haber violado precisamente la norma de la proporcionalidad. Ahora bien, negligencia no puede considerarse como criminal ni base suficiente para condenar a un acusado de violaciones a las leyes o costumbres de la guerra. El Artículo 30 del Estatuto establece la intención y conocimiento como los elementos materiales de un crimen de guerra, aunque no aclara si negligencia grave podría ser requerido como elemento determinativo adicional futuro para la criminalización de crímenes de guerra.<sup>806</sup> Una mirada de cerca de la citada disposición nos sirve para sugerir que, este nuevo elemento, como posible axioma del crimen de guerra, no necesariamente debe ser descartado, por no aparecer de forma explícita en el precepto. Sin embargo, de momento este no es el caso en el presente estado del principio.

---

<sup>806</sup> Knut Dörmann, 'Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court', (2003) 7 Max Planck Yearbook of United Nations Law 341, 354  
<[http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/doermann\\_7.pdf](http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/doermann_7.pdf)> accedido el 3 de junio de 2012.

Ahora bien, los dos ejemplos antes analizados demuestran que el factor de la intención, en cumplimiento al Artículo 30 del Estatuto de Roma, es axiomático de la noción de crimen de guerra y que, en contraste, aclamación a violaciones al principio de proporcionalidad no se concretizan *per se* en la comisión de ese ilícito. Debido a estas patologías es que posiblemente ningún tribunal se ha pronunciado a favor, o en contra del principio. Los dos casos antes analizados, y la naturaleza indeterminada de la norma, nos dan suficientes bases para sugerir que interpretar el elemento de intención criminal sobre acusaciones de infracciones al principio de proporcionalidad resultaría en tanta vaguedad que, inclusive procesar penalmente a un acusado sobre esas bases, no solo es un ejercicio difícil y oscuro sino imposible de realizar, proceso que podría resultar en fallos injustos, especialmente si los contendores son asimétricamente disimilares. Esto debe ser así porque un actor débil enfrentado con disparidades, y la posibilidad de ser destruido en el campo de batalla, ataca sin importarle las consecuencias, mientras su contraatacante, con la carga de examinar la ecuación de la proporcionalidad frente a un enemigo que la invierte, lleva a cabo un análisis subjetivo bajo las circunstancias imperantes, y podría razonablemente pensar que daños colaterales nunca son excesivos. Frente a estas circunstancias un posible pronunciamiento de la CPI, o de cualquier otro tribunal internacional, podría fracasar frente a factores indeterminados. Un tribunal no podría conferir peso a la intención que tenga un militar detrás del ataque, debido a falta de evidencia y porque los resultados cuantitativos en términos de muertes civiles y destrucción civil resultantes del ataque no pueden ser determinativos. Por tanto, a como Greenwood acertadamente defiende, muertes de civiles imprevistas no pueden considerarse como ataques directos intencionados contra las víctimas, ni tampoco de manera fáctica podrían esas muertes probar que el que ejecuta el

ataque, o el comandante que ordena los ataques, no ha cumplido con las leyes o costumbre de la guerra.<sup>807</sup>

Finalmente, a como manifestado con antelación, era de predecir que las conclusiones a las que el Comité llegó: las cifras correspondientes al número de muertes civiles sugieren que la OTAN no condujo la campaña militar con la intención de causar esas muertes directa o incidentalmente. En otras palabras, aún asumiendo que los daños colaterales hayan sido el resultado de ataques a objetivos válidos, las muertes causadas no parecen que hayan sido desproporcionadas.<sup>808</sup> No es inherentemente ilegal ejecutar operaciones militares a gran altura, para evitar ser alcanzado por las defensas aéreas del enemigo, siempre y cuando los comandantes distingan entre objetivos militares y civiles. Los bombardeos ejecutados desde gran altura podrían interpretarse, por ejemplo, como que los blancos no podían ser verificados a simple vista. Esta es una conclusión débil, a nuestro juicio. Precisamente porque los blancos no podían ser verificados, o porque no se tenía la intención de atacarlos, pero con lo cual resultarían daños colaterales excesivos, entonces, era mejor de abstenerse en ejecutarlos. No obstante, el Comité afirma que, a pesar de la seriedad de los ataques, la obligación de distinguir entre blancos militares y civiles fue observada en la mayoría de los casos atendiendo al uso de tecnología moderna.<sup>809</sup> En resumen, “on the basis of the information reviewed, however, the committee is of the opinion that neither an in-depth investigation related to the bombing campaign as a whole nor investigations related to specific incidents are justified. In all cases, either the law is not sufficiently clear or

---

<sup>807</sup> En otras palabras, consecuencias sin intención *per se* siempre resultan de ataques que busquen eliminar a objetivos legítimos; véase Greenwood, ‘The Applicability of International Humanitarian Law and the Law of Neutrality to the Kosovo Campaign’ (2000) 31 Israel Yearbook on Human Rights 111, 124.

<sup>808</sup> ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia (supra nota 291); el comité concretamente afirmó que si uno acepta las cifras documentadas correspondientes al número de muertes, entonces esas cifras no son necesariamente base para establecer cargos de criminalidad.

<sup>809</sup> Véanse los ataques ‘graves’, (supra nota 797).

investigations are unlikely to result in the acquisition of sufficient evidence to substantiate charges against high level accused or against lower accused for particularly heinous offences”.<sup>810</sup>

Ahora analicemos el segundo requisito determinante de daños colaterales como crimen de guerra: el calificante de excesivos. Aquí no nos detendremos a repetir las ignominias que afronta el principio, presentadas en el capítulo 3 sino que, el objeto es examinar el tratamiento que la CPI conferiría a la regla, en el contexto de crímenes de guerra, pero para lo cual retomaremos ciertos elementos críticos ya presentados en ese capítulo.

#### 5.3.2.2 El Exceso como Elemento Constitutivo del Crimen de Guerra

Recordemos brevemente que, este elemento constitutivo y determinante del crimen de guerra, se refiere a la anticipación de daños colaterales causados en relación a la ventaja militar adquirida. Ahora bien, para que este requisito sea jurídicamente válido, a nuestro juicio, el exceso debe ser observado no de manera aislada sino que, en contraste, debe ser contextualizado sistemáticamente dentro un plan o política, en cumplimiento del Artículo 8 del Estatuto de Roma.<sup>811</sup> La doctrina jurisprudencial sugiere que “el *plan o política* exige la existencia, previa al conflicto o, en todo caso, a la comisión del crimen [de guerra], de un proyecto o propaganda de cosas que se piensa hacer y de cómo se piensa hacerlas; las locuciones *plan* y *política* han de entenderse idénticas a estos efectos conceptuales, habida cuenta de la asimilación que la disyuntiva ‘o’ establece entre ambas. La comisión en gran escala de un crimen de guerra implica que el carácter masivo o reiterado y, por ende,

---

<sup>810</sup> ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia (supra nota 291).

<sup>811</sup> Situación que concuerda con el calificativo de ‘infracciones graves’; véase Acosta Estévez, ‘Las Infracciones Graves a los Convenios de Ginebra en el Derecho Penal Español bajo el Principio de Jurisdicción Universal’ (supra nota 165); Pignatelli y Meca, ‘El Terrorismo Como Crimen de Lesa Humanidad y Crimen de Guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional’ (supra nota 784) 203.

generalizado de la acción, en el sentido de ser susceptible de recaer, afectar o abarcar a una pluralidad o multiplicidad de objetos, personales o reales”.<sup>812</sup> Nótese que en el concentro de esta posición doctrinal yace, en consistencia con lo constatado previamente, el elemento de la intención como determinante del crimen de guerra. De la misma manera, como parte de la estructura conceptual bajo esta perspectiva se equiparan semánticamente la idea de ‘en gran escala’ con la noción de *masivo* o *reiterado*,<sup>813</sup> implicando que los daños colaterales excesivos deben ser manifiestos y graves.<sup>814</sup> Además, según la posición doctrinal sostenida por Pignatelli y Meca, “constituyen el plan o la política y la escala sendos elementos objetivos, cualitativo y cuantitativo, de los tipos en que se concretan los crímenes de guerra, de carácter mixto-alternativo, de concurrencia indispensable para determinar la entrada en juego de la competencia material de la Corte [Penal Internacional]”.<sup>815</sup> A primera vista, no tenemos problema alguno con esta última premisa. No obstante, debemos aclarar que la noción de cuantitativo y cualitativo es problemática porque estas nociones no se refieren a un cálculo matemático preciso de muertes civiles en relación a la ventaja militar adquirida sino que, por el contrario, concierne a expectativas de daños colaterales potenciales razonables, situación que se presta para diferentes interpretaciones y vaguedad.

Complementemos los anteriores argumentos con la idea de daños colaterales excesivos consagrada en el Artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma, disposición que consagra la norma de la proporcionalidad dentro del contexto de la intencionalidad criminal

---

<sup>812</sup> Pignatelli y Meca, ‘El Terrorismo Como Crimen de Lesa Humanidad y Crimen de Guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional’ (supra nota 784) 212.

<sup>813</sup> Estas palabras no aparecen en cursiva en el original.

<sup>814</sup> Solf, ‘Article 52’ (supra nota 285).

<sup>815</sup> Pignatelli y Meca, ‘El Terrorismo Como Crimen de Lesa Humanidad y Crimen de Guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional’ (supra nota 784) 200.

concerniente a crímenes de guerra.<sup>816</sup> Diseccionando esta contextualización de la norma, nos encontramos con dos factores que, hasta el momento, no extienden en nada lo que ya hemos mencionado; el ataque debe ser lanzado intencionalmente, o con el conocimiento de que causará muertes civiles y daños civiles extensos, duraderos y graves para el medio ambiente y, el ataque debe ser claramente excesivo con relación a la ventaja militar concreta y directa anticipada. Dentro de este marco jurídico comprendemos los argumentos presentados por el Reino Unido, en conjunción con los razonamientos del fiscal Moreno-Ocampo, y en relación a los cargos de crímenes de guerra que la Coalición enfrentaba, así analizados antes. El requisito de la intención como factor determinante de actos ilegales no resulta en evidencia fuerte para formular cargos de crímenes de guerra. Regresemos a los mismos cargos que la Coalición enfrentaba pero ahora tomando en cuenta el elemento del exceso.

Pues bien, el Reino Unido defendió que una lista de blancos potenciales había sido identificada con anticipación a los ataques; que los comandantes tenían acceso constante a asesoramiento legal y estaban familiarizados con la necesidad de cumplimiento con el DIH, incluyendo el principio de proporcionalidad; que modelos computarizados detallados fueron usados para examinar la validez de los blancos; que supervisión política, legal y militar había sido establecida previo a la autorización de los ataques contra blancos legítimos; que se tenía conocimiento de información real sobre el tiempo disponible para atacar, lo que incluía un examen de daños colaterales entregados a las centrales de comando antes de los ataques. Toda esta información fue tomada en consideración, y de acuerdo con estándares críticos de evaluación.<sup>817</sup> Además, el Reino Unido defendió que

---

<sup>816</sup> Estatuto de Roma (supra nota 776).

<sup>817</sup> Moreno Ocampo, Carta concerniente a la situación en Iraq, 2006

aproximadamente un 85% de las bombas lanzadas desde aviones de guerra eran de alta precisión, cifra que corroboraba los esfuerzos por minimizar daños colaterales.

La CPI, enfrentada con las acusaciones de ataques excesivos formuladas contra por la Coalición durante los bombardeos aéreos en Iraq en 2003, indicó que el Artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma debía ser interpretado a la luz de las disposiciones consagradas en los Artículos 51(5)(b) del PAI. Sin embargo, esta última disposición del PAI restringe la prohibición criminal a casos que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa.<sup>818</sup> Por consiguiente, el Artículo 8(2)(b)(iv) no puede ser implementado sin el análisis de daños colaterales excesivos como crimen de guerra, asunto que requiere incluir un examen anticipado de los ataques que resultarían incidentalmente en heridos y muertes de civiles, así como de daños de la infraestructura civil, y de un análisis del exceso en relación la ventaja militar esperada.<sup>819</sup> Como podemos observar, estas últimas condiciones son esenciales para que ataques ilegales calificados como excesivos alcancen el nivel de un crimen de guerra, pero dentro del contexto de una política o plan intencionado a gran escala para cometer esos crímenes. Específicamente, y de manera sorprendente, después de haber analizado la información disponible, la Corte no aclaró la noción de la proporcionalidad. No obstante, llegó a la conclusión de que la información, referente a acusaciones de muertes de civiles producto de la imprudencia, proveía bases razonables para pensar que un crimen había sido cometido dentro de su jurisdicción. Decimos sorprendentes porque a pesar de esta conclusión a la que la Corte llegó, no existe evidencia alguna para sustentar que los ataques hayan sido ejecutados como parte de una

---

<sup>818</sup> Ibid. El PAI, Art. 51.5(b) hace alusión a la ventaja militar concreta y prevista (supra nota 279); véase la sección ¿Ataques Proporcionados o Ataques Excesivos?, página 129.

<sup>819</sup> Véase comentario con relación a la posible imputación de culpabilidad debida a a daños colaterales excesivos en relación a la ventaja militar alcanzada; Bothe 'War Crimes' in A. Cassese et.al. (Editors) (supra nota 786).

política, o plan, con la intención de causar daños desproporcionados. Tampoco la Corte se refiere al respecto. Si para que se cometa un crimen de guerra, el acto debe ser ejecutado intencionadamente, y dentro del contexto de una política o plan, pues por implicación el elemento del exceso debe de contextualizarse de la misma manera. Además, consideramos que la decisión fue sorprendente porque la Corte, a pesar de los oprobios inherentes a la norma de la proporcionalidad, uso el elemento del exceso de manera cuantificable y, sin mención alguna a nivel de gravedad de las infracciones, para posteriormente concluir que crímenes dentro de su jurisdicción habían sido cometidos. En efecto, la Corte indicó que “the information available at this time supports a reasonable basis for an estimated 4 to 12 victim of wilful killing and a limited number of victims of inhuman treatment, totalling in all less than 20 persons”.<sup>820</sup> Vale ahora preguntarse ¿Qué significan concretamente estas cifras en términos de la ecuación de la proporcionalidad? Si aceptamos estas cifras, debemos aceptarlas pero con relación ¿a qué? ¿Son esas cifras universalmente aceptables? ¿Y si las aceptamos, como las determinamos dentro del contexto de una guerra asimétrica? ¿Cómo reflejan la ventaja militar anticipada? ¿Qué factores se incluyen, o se excluyen, al sumarse? ¿Es una fórmula que trasciende espacio y tiempo de manera que sea implementable universalmente?

Estos son interrogantes que nos planteamos a partir de esta cuantificación a la que llega la Corte. El problema es que, a como el Informe Final presentado al Fiscal por el Comité que Revisó la Campaña de Bombardeo en la Antigua Yugoslavia afirma, las repuestas a estas preguntas no son simples. En consecuencia, a como el citado informe indica, no es posible que un abogado en derechos humanos y un comandante de combate con experiencia asignen los mismos valores relativos a la ventaja militar, y al daño colateral incidental. Aún

---

<sup>820</sup> Moreno Ocampo, Carta concerniente a la situación en Iraq, 2006.



más, es difícil que comandantes militares que posean formaciones doctrinales diferentes, o distintos grados de experiencia relacionados con el combate, estén de acuerdo sobre los mismos casos.<sup>821</sup> Además, los valores relativos a sopesar en la proporcionalidad son determinados por comandantes militares en buena fe y, aunque existan “close cases, there will be many cases where reasonable military commanders will agree that the injury to noncombatants or the damage to civilian objects was clearly disproportionate to the military advantage gained”.<sup>822</sup> Esencialmente el elemento del exceso no es, en términos pragmáticos, el factor determinante del daño colateral excesivo sino que, en contraste, el juicio valorativo que realice un comandante en buena fe para anticipar esos daños. Estos problemas que debe afrontar la CIP, son difíciles de estandarizar. ¿Debemos de esperar menos daños colaterales excesivos de los países alta y tecnológicamente más desarrollados que de los Estados que no poseen el mismo estado de desarrollo tecnológico? En consecuencia, ¿Es posible aceptar discriminación respecto al nivel de daños colaterales sobre la premisa de que diferentes países poseen distintos niveles de desarrollo tecnológico? Con simpatía observamos en este sentido la premisa de Lian y Xiansui, quien sugiere que sujetar a los países menos desarrollados a los estándares de los países altamente desarrollados perpetúa la idea de que el sistema legal internacional es un producto de Occidente, que tiene por objeto regular los conflictos armados pero en términos occidentales.<sup>823</sup>

Todos los argumentos que hemos explorado conllevan a pensar que aún hay camino por recorrer jurídicamente cuando nos referimos a daños colaterales como crimen de guerra;

---

<sup>821</sup> ICTY, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia (supra nota 291).

<sup>822</sup> Ibid.

<sup>823</sup> Q. Lian & W. Xiangsui, ‘People’s Liberation Army of China, Unrestricted Warfare: China’s Master Plan to Destroy America’ (Pan American Publishing Co. 2002) 182.

todo a pesar de la definición de crimen de guerra contenido en el Estatuto de Roma y en las Convenciones de Ginebra. De los análisis antes explorados observamos que la carga de la proporcionalidad recae sobre el actor estatal. ¿Es este el mismo caso cuando ello se refiere al actor no estatal, específicamente cuando nos referimos al terrorismo, epítome de la guerra asimétrica? ¿Es el terrorismo un crimen internacional sujeto al principio de jurisdicción universal?

#### 5.4 Terrorismo: ¿Un Crimen Internacional Sujeto al Principio de Jurisdicción Universal?

##### 5.4.1 Terrorismo: ¿Un Crimen Universal?

El terrorismo, como concepto legal, es un término “imprecise, it is ambiguous; and above all, it serves no operative legal purpose” afirmó Baxter en 1973.<sup>824</sup> En 1997 Higgins escribió: “terrorism is a term without legal significance. It is merely a convenient way of alluding to activities, whether of states or individuals, widely disapproved of and in which either the methods used are unlawful, or the targets protected, or both”.<sup>825</sup> Esta cuestión permanece siendo la misma hoy en día, tanto que, aún no se ha adoptado una convención comprensiva sobre terrorismo, ni tampoco, existe una definición de terrorismo universalmente aceptada.<sup>826</sup> El terrorismo es un crimen, cuya definición genérica consensualmente aceptada, es ausente en el derecho internacional. Frente a esta realidad, la comunidad internacional ha adoptado pragmáticamente trece convenios contra el terrorismo con el fin de paliar la situación, y cuya peculiaridad ha resultado en la criminalización de actos específicos de terrorismo.<sup>827</sup>

---

<sup>824</sup> Richard R. Baxter, ‘A Skeptical Look at the Concept of Terrorism’ (1974) 7(3) *Arkcon Law Review* 380, 380.

<sup>825</sup> Higgins, “The General International Law of Terrorism in R. Higgins & M. Flory (Editors), *International Law and Terrorism* (Routledge 1997) 28.

<sup>826</sup> Castor Miguel Díaz-Barrado, ‘The Definition of Terrorism and International Law’ in P. A. Fernández-Sánchez (Editor) (supra nota 414) 30.

<sup>827</sup> Ibid.

La carencia de una definición genérica de terrorismo u, observando el otro lado de la realidad, la criminalización de actos específicos de terrorismo, ha resultado en varios problemas legales. Para Giles-Carnero la consecuencia principal de la carencia de una definición de terrorismo radica en el hecho de que, si el Consejo de Seguridad de la ONU no proporciona la definición, entonces, la definición de un acto terrorista es dejada a consideración de los Estados.<sup>828</sup> En directa relación con este argumento, Giles-Carnero aclara que si a los sistemas de derecho interno de los Estados se les permite expresamente construir sus propias definiciones de terrorismo, esas definiciones podrían ser divergentes y contradictorias.<sup>829</sup> En otras palabras, tal definición es un asunto para el derecho internacional. Además, “this also clearly provides States with an opportunity to abuse the definition of terrorism in order to persecute dissidents and violate basic human rights under the umbrella of Security Council actions to counter terrorism”.<sup>830</sup> La falta de esa definición de terrorismo ha resultado, defiende Cassese, en confusión porque se carece de entendimiento sobre la naturaleza y, consecuencias legales, de los actos de violencia terroristas; por consiguiente, ciertos actos terroristas han sido incorrectamente categorizados como actos de guerra porque la guerra es un conflicto armado entre dos o más Estados.<sup>831</sup> De manera similar, se ha defendido que, sin una definición de terrorismo, expresiones como la guerra contra el terrorismo son expresiones de contenido meramente retórico, situación que no implica que el terrorismo sea calificado como un acto de

---

<sup>828</sup> Rosa Giles-Carnero, ‘Terrorists Acts as Threats to International Peace and Security’ in P. A. Fernández-Sánchez (Editor) (supra nota 414) 67.

<sup>829</sup> Ibid.

<sup>830</sup> Ibid.

<sup>831</sup> Cassese, ‘Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law’ (2001) (12)(5) European Journal of International Law 993, 993 <<http://www.ejil.org/pdfs/12/5/1558.pdf>> accedido el 2 de mayo de 20012.

criminalidad,<sup>832</sup> o que podría ser usado para deslegitimar a oponentes políticos y abusar de los derechos humanos. Pérez González concuerda y dice que “no parece procedente en el plano jurídico calificar de “guerra” a la reacción de un Estado contra una organización terrorista que ha llevado acciones violentas -calificables de ataques- contra él, sus bienes, sus instalaciones y las personas bajo su jurisdicción”.<sup>833</sup>

Pero hay otra implicación legal de igual importancia con relación a la falta de una definición genérica de terrorismo: el terrorismo no es un crimen universal dentro del régimen jurisdiccional establecido por el Estatuto de Roma de la CPI, o de cualquier otro tribunal internacional,<sup>834</sup> ni tampoco es un crimen sujeto al principio de jurisdicción universal. La CPI solo podrá ejercer jurisdicción sobre la existencia de un posible crimen universal de terrorismo si su estatuto es enmendado, para que sea incluido dentro de su competencia jurisdiccional, a tenor de lo estipulado en el Artículo 121 de su Estatuto,<sup>835</sup> y

---

<sup>832</sup> Véase Informe del Comité contra el Terrorismo al Consejo de Seguridad sobre la Implementación de la Resolución 1624, Doc. S/RES/1624, 14 setiembre de 2005.

<sup>833</sup> Pérez González, ‘Terrorismo y Conflictos Armados. La Prohibición de los Actos Terroristas por el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 639) 84.

<sup>834</sup> Robert Cryer, *Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge University Press 2007) 2, 292.

<sup>835</sup> Estatuto de Roma, Art. 121 estipula: “1. Transcurridos siete años desde la entrada en vigor del presente Estatuto, cualquier Estado Parte podrá proponer enmiendas a él. El texto de la enmienda propuesta será presentado al Secretario General de las Naciones Unidas, que lo distribuirá sin dilación a los Estados Partes; 2. Transcurridos no menos de tres meses desde la fecha de la notificación, la Asamblea de los Estados Partes decidirá, por mayoría de los presentes y votantes, decidir si ha de examinar la propuesta, lo cual podrá hacer directamente o previa convocación de una Conferencia de Revisión si la cuestión lo justifica; 3. La aprobación de una enmienda en una reunión de la Asamblea de los Estados Partes o en una Conferencia de Revisión en la que no sea posible llegar a un consenso requerirá una mayoría de dos tercios de los Estados Partes; 4. Salvo lo dispuesto en el párrafo 5, toda enmienda entrará en vigor respecto de los Estados Partes un año después de que los siete octavos de éstos hayan depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación o de adhesión; 5. Las enmiendas al artículo 5 del presente Estatuto entrarán en vigor únicamente respecto de los Estados Partes que las hayan aceptado un año después del depósito de sus instrumentos de ratificación o aceptación. La Corte no ejercerá su competencia respecto de un crimen comprendido en la enmienda cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de un Estado Parte que no haya aceptado la enmienda; 6. Si una enmienda ha sido aceptada por los siete octavos de los Estados Partes de conformidad con el párrafo 4, el Estado Parte que no la haya aceptado podrá denunciar el Estatuto con efecto inmediato, no obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 127 pero con sujeción al párrafo 2 de dicho artículo, mediante notificación hecha a más tardar un

si, además, existe el consenso general entre los Estados de que sea incluido. Recordemos que la jurisdicción de la CPI se circunscribe a aquellos “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto [que] no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.<sup>836</sup> Estos crímenes a nombrar son el genocidio, crímenes contra la humanidad, el apartheid, crímenes de guerra y, en caso de que sean definidos bajo el derecho internacional, crímenes de agresión. Estos crímenes, a como constatado anteriormente, caen bajo el ámbito de la jurisdicción universal. Sus definiciones han sido construidas y establecidas por el derecho internacional, cuestión que ha conllevado a la cada vez creciente toma de medidas para juzgarlos penalmente, en cumplimiento del principio de jurisdicción universal. La naturaleza y sustancia de estos crímenes establece un nivel de objetividad jurídica tal que, su comisión *per se*, los protege contra abusos, porque los Estados, bajo el principio de jurisdicción universal, y la definición establecida por el derecho internacional, están obligados a reprimirlos. Con esta sugerencia no queremos negar la existencia de problemas, particularmente en lo referente al crimen de guerra. El crimen de guerra, y el crimen contra la humanidad, aunque se constituyan como una infracción grave contra el derecho internacional, sus definiciones y ámbitos poseen ciertos problemas, cuestión que se muestra en la ansiedad de los Estados de que las definiciones de estos dos crímenes sean expandidas, circunstancia que resultaría en fuerte oposición de recurrir a la implementación del principio de jurisdicción universal debido al miedo de que,

---

año después de la entrada en vigor de la enmienda. 7. El Secretario General de las Naciones Unidas distribuirá a los Estados Partes las enmiendas aprobadas en una reunión de la Asamblea de los Estados Partes o en una Conferencia de Revisión”.

<sup>836</sup> Ibid; véase el preámbulo del Estatuto de Roma.

en cualquier momento, un Estado involucrado en operaciones militares, vea a sus soldados, y sus líderes, a través de doctrinas de responsabilidad de comandos, ser criminalizados fuera de sus fronteras jurisdiccionales.<sup>837</sup> A como hemos constatado, la maleabilidad del ámbito particularmente de daños colaterales excesivos, como crimen de guerra, crea problemas de implementación sustantiva del derecho, cuando ello concierne a su sanción en una corte. La maleabilidad de las definiciones de estos crímenes es susceptible al abuso, porque los Estados se verían tentados a establecer cargos por razones puramente políticas,<sup>838</sup> o porque cualquier incidente que resulte en daños incidentales motiva acusaciones de crímenes de guerra. Si esta cuestión es así, aún cuando las definiciones de crimen de guerra, y crimen contra la humanidad, estén establecidas por el derecho internacional, y alcancen el nivel de *jus cogens*, en contraste, el terrorismo es incluso más difícil de ser definido, y susceptible a mayores abusos, por tanto, mayor dificultad existe para criminalizarlo sobre las bases del principio de jurisdicción universal. En otras palabras, un crimen de terrorismo *per se* o, *de jure*, no constituye un crimen universal bajo el presente estado del sistema legal internacional. La cuestión de que si el terrorismo, o ciertos actos de terrorismo, punibles bajo la etiqueta de crímenes contra la humanidad o, de lesa humanidad y, que por esa vía entren dentro del ámbito competencial jurisdiccional de la CPI, o que deberían someterse al principio de jurisdicción universal, es una pregunta diferente, y para lo cual existen diferentes posiciones, no objeto de análisis aquí. De momento este no es el caso, a como Pignatelli y Meca claramente indica, “la jurisdicción universal operaría sobre [actos de terror] en su calidad de crímenes de lesa humanidad y no

---

<sup>837</sup> A. Colangelo, ‘The New Universal Jurisdiction: In Absentia Signalling Over Clearly Defined Crimes’ (2005) 36(2) Georgetown Journal of International Law 537, 543.

<sup>838</sup> Ibid.

por razón de los actos de terror en que, eventualmente, pudieran consistir las conductas integrantes de aquellos”.<sup>839</sup>

Además, los ataques al Centro Mundial de Comercio en Nueva York, Londres, Madrid, no se ejecutaron típicamente dentro del contexto de un conflicto armado, y de acuerdo con las regulaciones de las Convenciones de Ginebra, concernientes a los conflictos armados internacionales o de carácter no internacional. Pignatelli y Meca claramente nos sugiere esta cuestión cuando sostiene que “los actos de extrema violencia llevados a cabo por particulares con el fin de aterrorizar a la población” aunque, constitu[yen] una violación al Derecho de la paz”, esos actos fueron cometidos “fuera del contexto de un conflicto armado, donde una de las partes no es jurídicamente un combatiente”.<sup>840</sup> A tenor de estos argumentos, somos de la consideración de que, inclusive, es sistémicamente dudoso el hecho de que todo acto de terrorismo sea considerado como un crimen de guerra si, una de las partes no es un combatiente *de jure* y, cuyos actos de violencia no son cometidos sin nexo alguno a un conflicto armado convencional, dentro de lo tipificado por el DIH, sino dentro de un contexto asimétrico. Osama Bin Laden nunca actuó en nombre de un Estado. Tampoco fue un beligerante, ni siquiera un insurgente que reclamó derecho a la autodeterminación. Si el ataque al Centro Mundial de Comercio hubiera sido ejecutado jurídicamente dentro del contexto de un conflicto armado, ese acto hubiera constituido un crimen de guerra. La implementación del DIH es, en este contexto, cuestionable y, en caso de que se alegue lo contrario, los diferentes niveles de gravedad de actos terroristas podrían inmunizar al perpetrador frente enjuiciamiento. Así, es de entenderse porqué Francia, por ejemplo, no considera a actos de terrorismo como crimen de guerra, según su tercera

---

<sup>839</sup> Pignatelli y Meca, ‘El Terrorismo Como Crimen de Lesa Humanidad y Crimen de Guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional’ (supra nota 784) 213.

<sup>840</sup> A menos que los actos terroristas hayan sido cometidos en conexión a un conflicto armada; ibid 206-7.

declaración interpretativa hecha al Estatuto de Roma, donde ese Estado claramente expresa que el crimen de guerra ocurre dentro del contexto de conflicto armado internacional, o de carácter no internacional, situación que no incluye la comisión de crímenes ordinarios, tales como actos de terrorismo ejecutados colectiva o aisladamente.<sup>841</sup> En consecuencia, actos de terrorismo de esta categoría taxonómica, son punibles pero por la vía del derecho interno de los Estados, y, a como observamos, sin punición en algunos casos de extradición, debido a que el implicado no puede ser extraditado hacia el Estado que lo requiere porque el perpetrador podría ser torturado, o enfrentar la pena de muerte, en el Estado que pide su extradición. El régimen legal establecido por el derecho internacional de los derechos humanos se suma a la complejidad de problemas correspondientes a actos de terrorismo. Esta traba, en conjunción con definiciones<sup>842</sup> amplias de terrorismo, le permitieron a los Estados Unidos, por ejemplo, llevar a cabo el programa denominado rendición extraordinaria, bajo el cual podía buscar en cualquier lugar, fuera de sus fronteras territoriales, a personas que fueran sospechosas de tener vínculos con Al Qaeda para ser secuestradas, por parte de funcionarios estadounidenses, y trasladarlas, en secreto, a países

---

<sup>841</sup> Véase Piere d'Argent, 'Terrorism and International Criminal Justice' (2008) Tufts University Perspectives on International Criminal, Paper 2/2008, 1-5  
<<http://fletcher.tufts.edu/FILA/~media/Fletcher/Microsites/Fila/PDFs/FILADiscussionPaperNo0208.pdf>>  
accedido el 2 de mayo de 2012.

<sup>842</sup> En efecto, los Estados Unidos tiene varias definiciones de terrorismo, conllevando a confusión y falta de consenso sobre su esencia como crimen o acto de guerra, siendo este último el preponderante. Así, por ejemplo, en la Secretaría de Estado se ha definido como "the term "terrorism" means premeditated, politically motivated violence perpetrated against noncombatant targets by subnational groups or clandestine agents" o, también debe entenderse como "to intimidate or coerce a civilian population" o, inclusive "influence the policy of a government by intimidation or coercion". Esta definición debe entenderse a la luz de lo que constituye un santuario de terrorismo: "the terms "terrorist sanctuary" and "sanctuary" mean an area in the territory of the country- (a) that is used by a terrorist or terrorist organization-(i) to carry out terrorist activities, including training, fundraising, financing, and recruitment; or (ii) as a transit point; and (b) the government of which expressly consents to, or with knowledge, allows, tolerates, or disregards such use of its territory"; véase en Cornell Law School University, U.S.C. § 2656f. "Annual Country Reports on Terrorism" (2010). Para las varias definiciones de terrorismo existentes en los Estados Unidos véase Yonah Alexander & E. Herbert Brenner (Editors), *Terrorism and the Law* (Transnational Publishers 2001) 3.



que habitualmente ejercen la tortura como parte de sus técnicas de interrogación, tales como Siria y Egipto”.<sup>843</sup>

Inferiendo, a diferencia de los crímenes definidos por el derecho internacional, que alcanzan consuetudinariamente el *jus cogens*, y donde la soberanía del Estado es preservada, medidas extralegales de remover individuos fuera de la jurisdicción del Estado donde se encuentren, para juzgarlos por actos de terrorismo en el Estado que los requiere para tal efecto, es una infracción no solo para la soberanía jurisdiccional sino que, también, para la soberanía territorial del Estado donde el terrorista se localiza, que según la CIJ es “the first and foremost restriction imposed by international law”,<sup>844</sup> y así codificada en el Artículo 2 de la Carta de San Francisco.<sup>845</sup> La rendición extraordinaria no solo infringe los principios fundamentales del derecho internacional sino que, asimismo, esas medidas, según Pyle, exceden necesariamente, o allanan, el ámbito del derecho interno de un Estado, infringe los derechos que garantizan la seguridad de la persona de acuerdo con el Artículo 3 la

---

<sup>843</sup> O. M. Fiss, ‘La Guerra Contra el Terrorismo y el Estado de Derecho’, (2006) 26(2) Oxford Journal of Legal 235, 235-256.

<sup>844</sup> Véase el caso Francia vs Turquía, Caso de S.S. Lotus, setiembre de 1927.

<sup>845</sup> Carta de la ONU, Art. 2 de la establece lo siguiente “Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: 1. La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros. 2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta. 3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas. Los Miembros de la Organización prestaron a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva. 6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales. 7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la implementación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>846</sup> y el Artículo 5(1)(c) de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.<sup>847</sup> Arenas-Hidalgo concurre al respecto.<sup>848</sup> En efecto, “this “new trend” in anti-terrorism measures is playing a leading role in calling into question and endangering obligations under the absolute prohibition of torture and all forms of cruel, inhuman or degrading treatment and the *non-refoulement* principle. It attempts to avoid *ius cogens* norms by adopting the so called “balanced approach”, based on the diplomatic assurances and modifying State obligations under international human rights treaties or established interpretation of such obligations”.<sup>849</sup> Es claro entonces que la rendición extraordinaria es ilegal bajo los comúnmente aceptados principios fundamentales del derecho internacional y, a diferencia de la extradición, donde dos Estados entran en arreglos bilaterales de extradición, enmarcados dentro del sistema legal internacional, un Estado unilateralmente decide someter a su jurisdicción a un individuo sin respeto a esos principios. Slobodan Milosevic, criminal de guerra fue secuestrado extralegalmente pero fue entregado y sometido a la jurisdicción del TCIA Y para que fuera criminalizado por la comisión de sus

---

<sup>846</sup> De ahí que “the United States ... do extradition business with some of the least democratic and least just foreign regimes” contrario a “[e]xtradition [which] was developed to replace the politics of abduction and deportation with the rule of law”; véase Christopher H. Pyle, *Extradition, Politics and Human Rights* ( Temple University Press 2002) 322. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 3, estipula que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

<sup>847</sup> Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, El Art. 5(1)(c) de la establece que: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (c) Si ha sido privado de libertad y detenido, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”; véase la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

<sup>848</sup> Nuria Arenas Hidalgo, ‘The International Responsibility of EU in US “Extraordinary Renditions” of Suspected Terrorists’, in P.A. Fernández-Sánchez, (Editor) (supra nota 414) 117.

<sup>849</sup> Ibid.

crímenes.<sup>850</sup> Este caso no es, sin embargo, rendición en el sentido clásico, puesto que el acusado, en el interés de la justicia universal y, en respuesta a las normas *jus cogens* concernientes a la tortura, fue penalizado de acuerdo con los principios de la legalidad internacional.

Habiendo dicho esto, no obstante, el General Galic fue condenado de crímenes de guerra por el TCIAY, sobre la base de actos de violencia cometidos con la intención primaria de desatar terror entre la población civil.<sup>851</sup> En conexión, el tribunal requirió del fiscal prueba de que el acusado había aceptado, que los ataques habían sido ejecutados a sabiendas de que esos ataques resultarían en terror, o miedo en la población civil (intención criminal) sino que, asimismo, sabía que tales ataques eran ilegales.<sup>852</sup> La trascendencia de este ejemplo es que primero, en todo caso, es de esperar que actos de guerra siempre causen pánico constante en la población civil; segundo, el acto de terror fue aceptado latentemente como miedo pero vinculado al contexto de un conflicto armado, de otra manera no estuviéramos hablando de crímenes de guerra; tercero, en este caso el procesado, corresponde a un actor identificado que funcionaba en nombre de una de las fuerzas regulares combatientes, cuyo uso del terror, como método ilegal de guerra asimétrica, es inmaterial en este contexto y, cuarto, el tribunal tuvo poder jurisdiccional contra el implicado porque la acusación formulada fue sobre crímenes de guerra y no crimen de terrorismo. Este ejemplo taxonómicamente atípico no puede enmarcarse dentro de la naturaleza de los ataques terroristas al Centro Mundial de Comercio de Nueva York, Londres o Madrid, de ahí que, no sea posible encapsular en una definición el concepto de

---

<sup>850</sup> A. J. Bush, 'How did We Get Here? Foreign Abduction after 'Alvarez-Machain'' (1993) (45)(41) Stanford Law Review 939, 939.

<sup>851</sup> Véase TCIAY, Judgement in the Case the Prosecutor v. Stanislav Galic Stanislav Galic, Trial Chamber (Judgement and Opinion) (2003).

<sup>852</sup> Ibid.

terrorismo, ni tampoco inferir generalizaciones referentes al fenómeno. Cassese pertenece a la minoría de especialistas que defiende antagónicamente la existencia de una definición como crimen internacional de terrorismo, fenómeno que, según este docto se fundamenta en el derecho internacional penal consuetudinario.<sup>853</sup> En todo caso analicemos cual es el consenso general referente al caso.

#### 5.4.2 Terrorismo: ¿Consenso Emergente Respecto a una Definición Consuetudinaria?

Sometamos a una radiografía analítica la tesis de Cassese antes expuesta.<sup>854</sup> Cassese estructura su tesis sobre dos premisas interrelacionadas. En primer lugar, defiende Cassese, “for more than 30 years after the Second World War, members States of the United Nations (UN)...debated the question of the need to punish acts of terrorism. However, they were unable to agree upon a definition of this crime. Developing countries...clung to their view that this notion could not cover acts of violence of the so-called “freedom fighters”, i.e. individuals and groups struggling for their right to self-determination....In fact, it is not true that a definition of terrorism was lacking. A definition has evolved since 1937 but developing countries in the UN were loath to accept it unless what they consider a caveat...was added: namely to exclude from the definition of terrorism the acts...of national liberation movements or, more generally, “freedom fighters”. The refusal of developed countries to accept this exception led to a stalemate, which has erroneously been termed as a “lack of definition” of terrorism. What indeed was lacking was an *agreement on the exception*. The general notion of terrorism was not in question”.<sup>855</sup> Estos argumentos de Cassese son seriamente cuestionables, en nuestra opinión, a la luz de una

---

<sup>853</sup> Cassese, ‘Terrorism as an International Crime’ in A. Bianchi (Editor), *Enforcing International Law and Norms against Terrorism* (Hart Publishing 2004) 214.

<sup>854</sup> Ibid.

<sup>855</sup> Ibid.

extenuación inherente en los mismos. En efecto, Cassese, da por sentado, como una premisa lógica, el hecho de que nos estamos refiriéndonos lingüísticamente al mismo hecho. Sin embargo, el asunto en disputa es si nos estamos comunicando en relación la cuestión. La construcción misma de sobre lo que constituye un acto terrorista es disputada. Ahora bien, atendiendo a la famosa frase de que, un terrorista en un país es un luchador por la libertad en otro, debemos observar que ésta expresa claramente el relativismo cultural, histórico y político existente detrás de la interpretación que se establezca para ciertos actos de terrorismo, factor ignorado por Cassese en su defensa sobre la existencia de una definición consensualmente aceptada de terrorismo. Dentro de este contexto, y observando la situación empíricamente, es difícil de aceptar que la liberación del terrorista libio, Abdul Baset Ali al-Megrahi, el 20 de agosto de 2009, por parte del Parlamento Escocés, liberación fundamentada sobre compasión humana debido a un cáncer, fuera recibido como perpetrador de un acto terrorismo y no como un héroe en Libia.<sup>856</sup>

Citemos otro ejemplo para demostrar nuestro desacuerdo con el argumento de Cassese. Posteriormente a los ataques del Pentágono y al Centro Mundial de Comercio de Nueva York, se reanuda en la Asamblea General de la ONU, la necesidad de construir una convención general, o comprensiva, sobre terrorismo, por supuesto, con el objeto de estructurar una definición sobre ese fenómeno.<sup>857</sup> A pesar de este boom energético sobre la

---

<sup>856</sup> Abdul Baset Ali al-Megrahi atacó al vuelo 103 de Pan Am en Lockerbie, Escocia en 1988, donde murieron 270 personas. El Primer Ex-Ministro Británico, Gordon Brown, mostró su enojo cuando observó las escenas de alegría que los libios mostraron al recibir a Megrahi en Trípoli; véase *BBC News*, 'What is the impact of Lockerbie release?', London, 20 de agosto de 2009; <<http://newsforums.bbc.co.uk/nol/thread.jspa?forumID=6897&edition=1&ttl=20101008000808> 2009> accedido el 20 de agosto de 2009. Abdul Baset Ali al-Megrahi murió el 20 de mayo de 2012; véase *BBC News*, 'Lockerbie bomber Abdelbaset al-Megrahi dies in Tripoli' <<http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-18137896>> accedido el 1 de junio de 2012.

<sup>857</sup> P. Scharf, 'Defining Terrorism as the Peacetime Equivalent of War Crimes: Problems and Prospects' (2004) 36(3) *Case Western Reserve Journal of International Law* 359, 361.

necesidad de construir una definición consensualmente aceptada por los Estados, Malasia, en nombre de los todos los Estados miembros que conforman la OCI, se rehusó en consentir una definición de terrorismo, si en esa definición no se consagraba una cláusula que sustantivamente concretizara la exclusión de luchas armadas contra ocupación, agresión, colonialismo, y hegemonía, dirigidas a grupos que reclamen su derecho a la autodeterminación.<sup>858</sup> Rostow sugiere que, (sugerencia que aceptamos puesto que el derecho internacional se desenvuelve en un ambiente político), este lenguaje fue expresado de esta manera para evitar que ataques ejecutados contra Israel, desde los territorios palestinos ocupados, fueran considerados como actos de terrorismo; también de actos contra India sobre su ocupación en el territorio de Kashmir y, para etiquetar de actos terroristas a violaciones del DIH cometidas en operaciones militares de ciertos Estados, por ejemplo, un ataque de las FDI podría ser etiquetado fácilmente como terrorismo.<sup>859</sup> Aún más, el Artículo 1 de la OCI define al terrorismo “[as an] act of violence or threat thereof notwithstanding its motives or intentions perpetrated to carry out an individual or collective criminal plan with the aim of terrorizing people or threatening to harm them or imperilling their lives, honour, freedoms, security or rights or exposing the environment or any facility or public or private property to hazards or occupying or seizing them, or endangering a national resource, or international facilities, or threatening the stability, territorial integrity, political unity or sovereignty of independent States”.<sup>860</sup> Esta definición, según HRW, es

---

<sup>858</sup> Ibid.

<sup>859</sup> Nicholas Rostow, ‘Before and After: The Changed UN Response to Terrorism since September 11<sup>th</sup>’, (2004) 35 Cornell International Law Journal 475, 488, cited in Scharf, ‘Defining Terrorism as the Peacetime Equivalent of War Crimes: Problems and Prospects’ (supra nota 857) 163.

<sup>860</sup> Véase el Estatuto de la Convención para Combatir el Terrorismo de la OCI de 1999.

vaga, demasiada amplia y está mal construida.<sup>861</sup> En consecuencia, HRW pidió en el año 2008 que la OCI “at its earliest opportunity, to clarify that its condemnation of terrorism makes no exemptions, even if in the name of causes that OIC member states endorse”.<sup>862</sup> Además, HRW defendió que la definición es tan amplia que “[it] could easily be used to label, acts of peaceful expression, association and assembly as terrorist actions. We urge that OIC member states, in reiterating the OIC’s commitment to the struggle against terrorism, undertake to do so in a manner that is consistent with longstanding and universally recognized international human rights standards”.<sup>863</sup> Saul concurre con HRW y afirma que “the greatest ambiguity lies in the abstract and political concept of ‘threatening the stability, territorial integrity, political unity or sovereignty of independent states’. Since many of the elements of the definition in article 1(2) are *not* cumulative, a mere threat of a criminal act against a State’s ‘stability’, ‘integrity’, ‘unity’ or ‘sovereignty’ could be treated as a ‘terrorist crime’. There is a serious danger of the abusive use of terrorist prosecutions against political opponents, ordinary criminals, and persons threatening public order or national security”.<sup>864</sup>

Como podemos observar, esta no es una cuestión de reduccionismo y, además, afirmar simplemente que la definición existe y que, por tanto, el problema es que no se ha aceptado una excepción al problema connotativo correspondiente al terrorismo. La naturaleza del

---

<sup>861</sup> HRW, ‘Organisation of the Islamic Conference: Improve and Strengthen the 1999 OIC Convention on Combating International Terrorism’, 12 March 2008 <<http://www.hrw.org/en/news/2008/03/10/letter-secretary-general-organisation-islamic-conference>> accedido el 2 de mayo de 2012.

<sup>862</sup> Ibid.

<sup>863</sup> Ibid.

<sup>864</sup> Ben Saul, ‘Branding Enemies: Regional Legal Responses to Terrorism in Asia’, (2008) Asia-Pacific Yearbook of International Humanitarian Law, Sydney Law School Legal Studies Research Paper 8/127, 5 <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1292164](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1292164)> accedido el 2 de mayo de 2012.

terrorismo, o actos terroristas, es maleable y, en consecuencia, permite con dificultad consenso sobre una posible estructuración semántica del fenómeno.

Ahora radiografiemos analíticamente la segunda propuesta de Cassese. Según Cassese, la definición existente de terrorismo encuentra su fuente en el derecho internacional consuetudinario. Aquí no nos detendremos a diseccionar si el terrorismo es, o no, sancionado por el DIH. Es claro que lo es dentro del contexto de un conflicto armado. De momento lo que nos interesa es saber si la definición de terrorismo está bien asentada consuetudinariamente en el sistema legal internacional. Según Cassese, existen tratados internacionales que prohíben explícitamente el terrorismo, sin consagrar definición alguna al respecto,<sup>865</sup> dando de nuevo por sentada la idea de que hablamos y nos comunicamos cuando ello se refiere a terrorismo. Este docto cita ejemplos: el Artículo 33(1) de la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, disposición que regula que “están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo”, en todo momento y en todo lugar.<sup>866</sup> Asimismo Cassese cita del Artículo 4(2)(d) del PAII, referente a la protección de las víctimas de los conflictos de carácter no internacional, el cual prohíbe actos de terrorismo. Igualmente su defensa de la existencia consuetudinaria de una definición de terrorismo se focaliza en el Artículo 4 del TCIR, el cual adopta la criminalización de los actos de terrorismo en conflictos internos, contenida en el Artículo 4(2)(d) del PAII.<sup>867</sup> “Plainly, [contends Cassese], if all these treaties speak of “terrorism” or “acts of terrorism” without specifying what is covered by this notion, it means that the draftsmen has a *fairly*<sup>868</sup> clear idea of what they were prohibiting. It is warranted to believe that they either

---

<sup>865</sup> Cassese, ‘Terrorism as an International Crime’ (supra notas 853).

<sup>866</sup> Ibid.

<sup>867</sup> Ibid.

<sup>868</sup> Esta palabra no aparece en letras itálicas en el original.



deliberately or unwittingly were referring to a general notion underlying treaty law and laid down in customary rules”.<sup>869</sup>

A tenor de los argumentos expresados por Cassese, si bien es cierto que no nos aventuraríamos a contradecir que terrorismo, o específicamente ciertos actos de terrorismo son actos que contravienen las disposiciones del sistema legal internacional también, es justo indicar que, estos últimos argumentos confrontan varios problemas significantes. En primer lugar, estas disposiciones mencionan la noción de terrorismo, o actos de terrorismo, pero no la definen de manera clara. Asumir que el contenido de esas nociones es normativamente afirmado no quiere decir que dicha afirmación refleje la práctica generalizada y consistente de los Estados, así determinado por la costumbre internacional. De hecho, el mismo Cassese menciona que los redactores de esos instrumentos tenían más o menos (fairly) idea de lo que prohibían. En contraste, una posible interpretación del asunto es que los redactores hayan considerado, que todos no poseamos la misma idea de lo que conforma una definición de terrorismo, por tanto, decidieron no aventurarse a incluir una, con el objeto de que los instrumentos fuesen aceptados universalmente. Es de dudar que la mera afirmación normativa de terrorismo contenida en las disposiciones, pero sin definición alguna, sea afirmada en la práctica estatal. Estas nociones son abiertas para interpretación. También muchas veces, la intención de los perpetradores no es clara, de ahí la actual proliferante multiplicidad de definiciones,<sup>870</sup> y la consecuente confusión para lo

---

<sup>869</sup> Ibid.

<sup>870</sup> Laqueur, *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction* (supra nota 148). Helen Duffy, *The War on Terror and the Framework of International Law*, (Cambridge University Press 2005) 17-46. Véase Saul, 'Branding Enemies: Regional Legal Responses to Terrorism in Asia' (supra nota 864) 2, para la varias definiciones de terrorismo en Asia, y quien afirma que: "Not surprisingly, in the absence of an international definition of terrorism, some national definitions of terrorism in Asia are very wide indeed. To give just a few examples, some definitions capture comparatively trivial harms or common crimes, such as the Sri Lankan law which classes as terrorism merely defacing a road sign; or the Bangladeshi law which classes as a terrorist offence 'to steal or seize by force from any person any money, jewellery, valuable article or any

cual el derecho internacional no ha sido inmune. A tenor de estas ideas vale preguntarse qué, si la definición de terrorismo ha existido consuetudinariamente desde 1937, ¿a qué se debe la construcción de esa multiplicidad de diferentes definiciones?

Recordemos igualmente que, un crimen internacional grave, por poner en peligro la estabilidad del orden internacional, engendra el principio de jurisdicción universal, principio que, a como hemos sugerido, es de carácter consuetudinario, por consiguiente, todos los Estados poseen la capacidad jurídica, de alcance global, para procesar penalmente a los perpetradores. Estos crímenes, a como constatamos, son definidos y contruidos por la maquinaria legal del derecho internacional convencional y consuetudinario, consecuencia del deseo de los Estados de conformar una práctica consistente y generalizada concerniente a su represión, y apoyada por la convicción de que las acciones son legales o, en lo que en la terminología conceptual del sistema legal internacional es denominado *opinio juris*. Reiteremos que, el consenso internacional, para criminalizar esos actos que estremecen a la conciencia de la comunidad internacional, es alcanzado en virtud intrínseca de los valores

---

other vehicle', or even 'to outrage the modesty' of a woman or child. In other countries, what is categorized as terrorism is indistinguishable from other types of public order offences, or political crime, as in Bhutan where treason (including defaming the King, or threatening national security) is an offence under anti-terrorism legislation. Some definitions include communal or sectarian violence within the ambit of terrorism, as in Pakistan where it is terrorism to 'incite hatred and contempt on religious, sectarian or ethnic basis to stir up violence or cause internal disturbance'.

Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 1977, El Art. 1 estipula lo siguiente: "A los efectos de la extradición entre Estados contratantes, ninguno de los delitos mencionados a continuación se considerarán como delito político, como delito conexo con un delito político o como delito inspirado por móviles políticos: a) Los delitos comprendidos en el ámbito de implementación del Convenio para la represión de la captura ilícita de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; b) Los delitos comprendidos en el ámbito de implementación del Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; c) Los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; d) Los delitos que impliquen rapto, toma de rehenes o secuestro arbitrario; e) Los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas; f) La tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos".

protegidos, que trascienden al individuo y la soberanía de los Estados. Además, el derecho internacional consuetudinario alcanza a todos los Estados, de manera que, aún en ausencia de tratados, se impone a esas entidades el deber, u obligaciones imperativas, de conformarse a la ejecución el derecho internacional.<sup>871</sup> A la luz de estas premisas, sometemos a consideración que, aunque el terrorismo es un acto de criminalidad de preocupación internacional, contrario a lo propuesto por Cassese, el terrorismo no ha alcanzado el ámbito del derecho internacional consuetudinario, ni tampoco ha alcanzado el canon del *jus cogens*, cuestión que contraste con el estatus prominente de los crímenes graves centrales establecidos por el derecho internacional. En efecto, el consenso es que ciertamente este no era el caso antes de los eventos acaecidos el 11 de septiembre.<sup>872</sup> Es de dudar que 12 años después esta situación haya cambiado. La razón para pensar de esta manera es que, aunque la comunidad internacional más o menos sepa que es terrorismo, y haya aprobado una serie de convenios para criminalizar diferentes actos de terrorismo, los sancione como violación a los derechos humanos, democracia y el imperio de la ley,<sup>873</sup> o se consideren como una amenaza para la paz y la seguridad internacional,<sup>874</sup> el “DIH -en idéntica línea con el derecho internacional en general en su doble expresión convencional y consuetudinaria- no [ha proporcionado] una definición del terrorismo”<sup>875</sup> que tanto esperamos. De hecho se podría argumentar que “el carácter fragmentario de los diversos

---

<sup>871</sup> Véase Meron, ‘Customary Law’ in *Crimes of War* (2007)

<<http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/customary-law/>> accedido 2 mayo 2012.

<sup>872</sup> William P. Hoyer, ‘Fighting Fire with...Mire? Civil Remedies and the New War on State-Sponsored Terrorism’ (2002) 12 *Duke Journal of Comparative & International Law* 105, 110-111  
<<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1190&context=djcil>> accedido el 2 de mayo de 2012.4

<sup>873</sup> Véase Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, ‘Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism’, 2008.

<sup>874</sup> Giles-Carnero, ‘Terrorists Acts as Threats to International Peace and Security’ (supra nota 828) 56-59.

<sup>875</sup> Pérez González, ‘Terrorismo y Conflictos Armados. La Prohibición de los Actos Terroristas por el Derecho Internacional Humanitario’ (supra nota 639) 88.

instrumentos jurídicos internacionales que afrontan las diversas manifestaciones del terrorismo [no solo] es buena prueba de la dificultad de consensuar en la Comunidad Internacional una definición de terrorismo<sup>876</sup> sino que, del mismo modo, esta fragmentación refleja que la práctica y costumbre de los Estados concerniente al terrorismo es inconsistente, y cuyas disposiciones referentes a ese fenómeno permanecen sin asentarse sólidamente en el sistema legal internacional, de manera que sean reconocidas y aceptadas por el consenso general de los Estados miembros del sistema internacional. Ejemplificando, la Corte del Segundo Circuito de Apelaciones del Distrito de Columbia, en su fallo de abril de 2004, referente al caso de Los Estados Unidos contra Yousef, aclaró que el terrorismo no es un crimen universal bajo el derecho internacional consuetudinario, decisión que derivó precisamente de la falta de consenso entre los Estados relativa a una definición de terrorismo.<sup>877</sup> Claro, en este caso alguien podría argumentar que los Estados Unidos poseían jurisdicción sobre Yousef, acusado de intentos de bombardear un avión civil de pasajeros, y de acuerdo con lo establecido en el Artículo 7 de la Convención de Montreal de 1971, el cual regula que “el Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no proceda a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado”.<sup>878</sup> También alguien podría sugerir que porque este instrumento ha sido ratificado por la mayoría de los Estados del sistema internacional,

---

<sup>876</sup> J. Alcalde Fernández, ‘La Guerra Contra el Terrorismo: Una OPA Hostil al Derecho de la Comunidad Internacional’ (2001) 53(1) *Revista Española de Derecho Internacional* 289, 290.

<sup>877</sup> Véase United States Court of Appeals for the Second Circuit, *USA v R. Ahmed Yousef*, 4 April 2003 <<http://www.uniset.ca/other/cs5/327F3d56.html>> accedido el 10 de mayo de 2012.

<sup>878</sup> Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971, Art. 7.

su ratificación e implementación es un reflejo real del derecho internacional consuetudinario, que permite jurisdicción extraterritorial sobre el acusado. En otras palabras, el derecho positivado en la Convención permite derivar normas consuetudinarias de jurisdicción universal que sancionen al terrorismo como crimen internacional, y que permita articular su contenido en el sistema legal internacional.

A primera vista el argumento es convincente. Sin embargo, aún está por determinarse si el principio de extraditar o juzgar es de carácter consuetudinario porque si no lo es, a la sazón, el instrumento no es vinculante para Estados no partes de la Convención. Además, sin una definición de terrorismo como crimen universal no podemos invocar técnicamente la jurisdicción universal. Es igualmente importante indicar que, frente a la falta de la definición de terrorismo es difícil que la Convención sea implementada uniformemente. Estos factores, en conjunción con la posibilidad de que los Estados sientan que el terrorismo, al ser elevado al estatus de crimen universal y, en consecuencia, sujeto al principio de jurisdicción universal, podrían dar lugar a una posible interpretación de que la maquinaria legal interna de esas entidades es inadecuada, e ilegítima, para responder legalmente al terrorismo, ampliándose, de manera paradójica, los motivos que los actores no estatales tengan para ejecutar esos actos. Estos factores cuestionan el estatus del terrorismo como crimen universal establecido por el derecho internacional.

Regresemos al ejemplo del perpetrador del ataque al vuelo 103 de Pan American sobre Lockerbie, Escocia, en 1988. En este caso ni el Reino Unido ni los Estados Unidos podían proyectar jurisdicción sobre los perpetradores escondidos en Libia. Libia presentó como defensa el argumento de que bajo la doctrina de *aut dedere aut judicare*, consagrada en las disposiciones de la Convención de Montreal de 1971, tenía poder facultativo para extraditar

o juzgar a los implicados en el acto, por tanto, escogía procesarlos y no extraditarlos,<sup>879</sup> situación completamente rechazada por el Reino Unido y los Estados Unidos. Libia fundamentó su defensa en la disposición consagrada en el Artículo 7 de la Convención de Montreal de 1971<sup>880</sup> y, además, alegando que tenía el derecho de juzgar a sus propios nacionales, especialmente frente a la falta de un tratado de extradición entre ese Estado y el Reino Unido y los Estados Unidos.<sup>881</sup> Los gobiernos de estos dos últimos Estados demandaron categóricamente a Libia entregar a los dos sospechosos de terrorismo para ser procesados penalmente en cortes del Reino Unido y los Estados Unidos. Libia razonó que su sistema de derecho interno no le permitía extraditar a sus nacionales, argumento que los Estados opositores rechazaron porque lo consideraron como una excusa para que los sospechosos no fueran entregados.<sup>882</sup> Debido al continuo rechazo libio de entregar a sus nacionales acusados de terrorismo, el Reino Unido y los Estados Unidos pasaron el caso al Consejo de Seguridad de la ONU, donde aseguraron las resoluciones 731 y 748, las cuales exigían a Libia la entrega de los acusados mientras impusieron sanciones económicas hasta que ese Estado no entregara a los implicados.<sup>883</sup> Por otro lado, Libia trajo el caso ante la CIJ, pero este organismo no dictó medida alguna argumentado que las resoluciones del Consejo de Seguridad tomaban precedente, bajo el Artículo 103 de la Carta de San Francisco, y bajo el Artículo 7 de la Convención de Montreal.<sup>884</sup> Libia, para coartar el

---

<sup>879</sup> Michael Plachta, 'The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare' (2001) (12) *European Journal of International Law* 125, 125-126; *BBC News* 'What is the impact of Lockerbie release?' (supra nota 856) <<http://www.ejil.org/pdfs/12/1/499.pdf>> accedido el 2 de mayo de 2012.

<sup>880</sup> Véase la acción legal y respuesta libia al problema; ibid 126-128.

<sup>881</sup> Ibid.

<sup>882</sup> Ibid.

<sup>883</sup> Ibid 129.

<sup>884</sup> Ibid. También la Carta de la ONU, Art. 103 regula que "en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones

embargo, mientras protegía a sus nacionales, se sometió a la solución política estructurada por el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Anan. La solución fue que los implicados en los actos de terrorismo fueran juzgados por jueces escoceses, en una corte escocesa, pero en Holanda,<sup>885</sup> donde uno de los acusados fue absuelto y otro condenado. Este ejemplo demuestra que procesamiento penal en casos de terrorismo no es tan simple de establecer sin la existencia de una norma imperativa, o consuetudinaria, que para ello exista. También muestra de alguna manera que los Estados prefieren que, actos de terrorismo deban de circunscribirse dentro de sus jurisdicciones territoriales y no dentro de la jurisdicción del Estado que pide la extradición.<sup>886</sup> Además, de hecho, se podría sugerir que, inclusive, la solución no es automática por la vía *aut dedere aut judicare* y que, además, esta experiencia ha modificado este modelo de *aut dedere aut judicare* puesto que

---

contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

<sup>885</sup> Plachta, ‘The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare’ (supra nota 879) 131.

<sup>886</sup> Un caso similar es el de Alexander Farfán Suárez, alias “Gafas”, colombiano y miembro de la Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). La FARC es una organización terrorista según el Departamento de Estado de los Estados Unidos y la Unión Europea. El gobierno de los Estados Unidos pidió la extradición de “Gafas” a Colombia sobre cargos de terrorismo y de haber secuestrado a 3 funcionarios del Pentágono en el año 2003. La extradición fue impedida por la Corte Suprema de Colombia razonando que a pesar de que las víctimas eran ciudadanos estadounidenses, los actos criminales de secuestro y terrorismo no habían ocurrido dentro de la jurisdicción estadounidense sino dentro de la colombiana. La Corte Suprema colombiana defendió que, el implicado podía ser extraditado solamente si, los cargos levantados al acusado eran sobre la base de narcotráfico pero no de secuestro ni de terrorismo. La Corte razonó que si los Estados Unidos carecían de jurisdicción territorial, Colombia entonces era la jurisdicción apropiada para procesar al acusado (y a otros), porque los crímenes de secuestro y terrorismo habían sido cometidos en territorio colombiano, donde las leyes para reprimir esos delitos estaban sujetas al principio de jurisdicción territorial; véase en Fundación Ideas para la Paz, ‘Recalibrating Extradition: Colombia’s Supreme Court Takes a Step in the Right Direction (2009) Policy Brief Number 3/2009 <[http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/policy\\_brief/policy\\_brief\\_3\\_ingles.pdf](http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/policy_brief/policy_brief_3_ingles.pdf)> accedido el 2 de mayo de 2012. Para las organizaciones terroristas clasificadas como tal, véase el Departamento de Estado, ‘Foreign Terrorist Organizations’, Fact Sheet, Office of the Coordinator for Counterterrorism Washington, D.C., 8 April 2008 <<http://merln.ndu.edu/archivepdf/terrorism/state/103392.pdf>> accedida el 2 de mayo de 2012. Para las organizaciones terroristas tipificadas como tal por la Unión Europea véase, la Posición Común 2009/67/PESC del Consejo ‘sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo’, 26 de enero de 2009 <<http://eurlex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2009:023:SOM:ES:HTML>> accedido el 2 de mayo de 2012.

un nuevo elemento se ha agregado a la fórmula, *aut tranfere* (transferir),<sup>887</sup> cuando a terrorismo nos referimos. Pareciera ser que, en última instancia, la protección del acusado por parte del Estado de donde es un nacional, toma lugar sobre el deseo de extraditar a un individuo que haya cometido un acto repudiado por la comunidad internacional.

Finalmente, es de conocimiento común que actos terroristas involucran las más serias y repudiables violaciones a los derechos humanos,<sup>888</sup> y que la escala de muchos ataques conllevó a la consideración del terrorismo como una amenaza para la paz y seguridad internacional a principios de la década de los años 90.<sup>889</sup> Pero frente a la carencia de una definición universalmente aceptada de terrorismo, cabe preguntarse hacia donde se dirige la arquitectura de seguridad internacional.

#### 5.4.3 Un Nuevo Patrón Normativo Emergente: Seguridad sin una Definición de Terrorismo

Ya hemos defendido que el terrorismo, que aunque considerado como crimen de preocupación internacional, no es un crimen consuetudinariamente establecido por el derecho internacional, por tanto, no alcanza el nivel del *jus cogens*, para que por esa vía normativa sea reprimido por todos los Estados en nombre del derecho internacional, y en atención al principio de jurisdicción universal. Si correctamente se podría defender que el derecho internacional es la expresión normativa del sistema político internacional de Estados, donde el consenso general es necesario para establecer las normas de conducta que guíen la práctica estatal, tal consenso, a como constatado anteriormente, es inexistente en lo

---

<sup>887</sup> Plachta, 'The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare' (supra nota 879) 136.

<sup>888</sup> Pastor Ridruejo, 'Terrorism and the European Court of Human Rights' in P.A. Fernández-Sánchez (Editor), (supra nota 414) 420.

<sup>889</sup> Paz Andrés Sáenz de Santa María, 'Collective International Measures to Counter International Terrorism' in P.A. Fernández-Sánchez (Editor), *ibid* 92.



que concierne a una definición genérica de terrorismo. Sin embargo, las normas jurídicas ya establecidas, y las cada vez nacientes que conforman parte de la estructura arquitectónica de seguridad internacional, emergen como respuesta a los peligros que representa el terrorismo. En este proceso del flujo normativo y, a pesar de la carencia de esa definición genérica de terrorismo, se ha estado desarrollando un consenso sobre la necesidad urgente de prevenir y reprimir actos de terrorismo,<sup>890</sup> y de combatir todo acto de terrorismo internacional, porque constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales.<sup>891</sup> De igual forma la Resolución 1466 del Consejo de Seguridad de la ONU de enero de 2003, condena al “terrorismo en todas sus formas y manifestaciones [porque] constituye una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales [y] exhorta a los Estados a que se hagan partes, como cuestión de urgencia, en todos los convenios y protocolos internacionales relativos al terrorismo, en particular el Convenio internacional de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo, apoyen todas las iniciativas internacionales que se adopten a ese efecto y aprovechen plenamente las fuentes de asistencia y orientación que están apareciendo...”<sup>892</sup> Es de interés resaltar que, a pesar de la reconocida gravedad que el terrorismo representa para la paz y seguridad internacional, las mencionadas resoluciones son de carácter exhortatorio y, en este sentido, no son vinculantes para los Estados miembros de la ONU, posiblemente porque el mismo Consejo de Seguridad no define constitutivamente, y de manera genérica, la noción de terrorismo. Ahora bien, la resolución 1617 del Consejo de Seguridad del 29 de julio de 2005, es diferente en gran medida. En esta resolución del Consejo de Seguridad se condena al “terrorismo en todas sus formas y manifestaciones [porque] constituye una de las amenazas más graves para la

---

<sup>890</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 1373, Doc. S/RES/1373, 28 de septiembre de 2001.

<sup>891</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 1368, Doc. S/RES/1368, 12 de septiembre de 2001.

<sup>892</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 1466, Doc. S/Res/1466, 20 de enero de 2003.

paz y la seguridad y [porque] los actos de terrorismo son criminales e injustificables, cualquiera que sea su motivación y dondequiera y por quienquiera sean cometidos; y reiterando su inequívoca condena de Al-Qaida, Osama Bin Laden, los talibanes, y las personas, los grupos, las empresas y las entidades asociados con ellos, por sus constantes y múltiples actos criminales de terrorismo que tienen como finalidad causar la muerte de civiles inocentes y otras víctimas y la destrucción de bienes, y socavar gravemente la estabilidad...*decide* que todos los Estados deben tomar ciertas medidas para combatir el terrorismo”,<sup>893</sup> por ejemplo, congelar fondos o activos financieros de personas o grupos terroristas. Esta resolución, tomada bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU, si bien es cierto que tampoco define al terrorismo genéricamente, tiene la ventaja de ser de carácter progresivo en cuanto que adopta normas contra terrorismo y de medidas institucionales para todos los Estados.<sup>894</sup> Según Sáenz de Santa María, este tipo de resolución muestra la función legislativa del Consejo de Seguridad concerniente al terrorismo internacional, que se transcribe en un catálogo de obligaciones para los Estados sobre asuntos de financiación de terrorismo, apoyo pasivo y activo a esos delitos “[and] classification and penalties and mutual support and assistance which to a certain extent means that the provisions of treaty regulations are being extended to all UN members”.<sup>895</sup> EL problema más serio que enfrenta esta última resolución, a nuestro juicio, es que, a pesar de que el terrorismo sea correlacionado con la muerte de civiles, y teóricamente su carácter sea vinculante, a como Sáenz de Santa María defiende, esa vinculación es cuestionable en la práctica, especialmente porque los Estados retienen su capacidad de construir unilateralmente sus

---

<sup>893</sup> Resolución 1617, Doc. S/RES/1617, 29 de julio de 2005.

<sup>894</sup> Paz Andrés Sáenz de Santa María, ‘Collective International Measures to Counter International Terrorism’ (supra nota 889) 96.

<sup>895</sup> Ibid.

propias definiciones de terrorismo, hasta tanto no se construya una genérica consensualmente aceptada.

Sin embargo, el Consejo de Seguridad, en su Resolución 1566 del 8 de octubre de 2004, parece haberse aproximado a una definición de terrorismo. Efectivamente, ese órgano indicó que terrorismo corresponde a “actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo”.<sup>896</sup> Esta aproximación a una definición de terrorismo ha sido criticada porque tampoco es de carácter vinculante para los Estados y porque no abarca ninguna definición contenida en los tratados existentes, problema que podría conllevar a diversidad de interpretaciones y a contradicciones.<sup>897</sup> En consecuencia, estas diatribas, sugieren que esta definición funciona únicamente como una guía no vinculante sobre la cual los Estados pueden desarrollar medidas contra terrorismo,<sup>898</sup>

---

<sup>896</sup> Consejo de Seguridad, Resolución 1566, Doc. S/RES/1566, 8 de octubre de 2004.

<sup>897</sup> Rosa Giles-Carnero, ‘Terrorists Acts as Threats to International Peace and Security’ (supra nota 828).

Efectivamente, si los Estados pueden definir unilateralmente la noción de terrorismo, fuera de las fronteras jurídicas establecidas por el derecho internacional frente a la falta de una definición de éste, contradicciones pueden emerger, dificultando al mismo tiempo resolver disputas sobre que personas particulares, o grupos, pueden calificarse como terroristas; véase Saul, ‘Definition of “Terrorism” in the UN Security Council: 1985–2004’ (2005) 4(1) Chinese Journal of International Law 141, 150

<sup>898</sup> Ibid 142. La resolución no es vinculante si a los Estados aún se les permite contruir definiciones unilaterales de terrorismo, situación que potencialmente podría confligir en negociaciones de tratados multilaterales relativos a la definición de terrorismo. También la falta de una definición genérica o, al contrario, la resolución 1566 (supra nota 896) colateralmente podría legitimar a los Estados para autodefenderse contra ‘terroristas’ en operaciones militares. Así, “some States have deployed the international legitimacy conferred by Council [resolution] to repress or de-legitimize political opponents and to conflate them with Al-Qaeda. Thus, China bluntly characterizes Uighur separatists in Xinjiang as terrorists;

cuestión que la particulariza como otro factor más en el debate internacional relacionado con la búsqueda de una definición universalmente aceptada.<sup>899</sup>

Retrospectivamente, el Convenio Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo, concluido en 1999 y entrado en vigor el 10 de abril de 2002, es, sin duda alguna, el instrumento jurídico internacional que ha articulado una aproximación aceptable correspondiente a una definición genérica de terrorismo. Esta Convención es de suma trascendencia porque constituye un intento por reprimir el terrorismo internacional a través de la sanción al apoyo financiero destinado para actividades de terrorismo. En esencia, el Artículo 2(1) de la Convención afirma la definición de terrorismo, aunque de manera indirecta, puesto que la estructura conceptual del fenómeno se hace por implicación a la definición de financiamiento de actividades terroristas. En efecto, en este precepto se estipula lo siguiente: “Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer: a) un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en este tratado; b) cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.<sup>900</sup> Obsérvese que esta definición es de carácter

---

Russia asserts that Chechen rebels are terrorists, even though many are fighting in an internal conflict; and India seldom distinguishes militants from terrorists in Kashmir...” ibid 160.

<sup>899</sup> Ibid 1

<sup>900</sup> Véase Convenio Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo, Art. 2(1).

bifrontico. En el primer frente de la definición se incluyen los actos específicos de terrorismo, consagrados en los otros doce tratados contra terrorismo, convenidos por la ONU,<sup>901</sup> como la toma de rehenes, secuestro de aviones, ataques a aeropuertos, etc. El segundo frente de la definición de terrorismo, contenida en la Convención, corresponde al elemento de la intencionalidad criminal, elemento que se bifurca en dos requisitos adicionales; primero el ataque debe ser intencionado para personas que no participan directamente en las hostilidades, o civiles, en situaciones de conflictos armados. Este requisito de la definición es compatible claramente con la función estructural del DIH, esto es, la protección de la población civil inocente, y de los que han dejado de participar en la violencia de los conflictos armados. Segundo, la naturaleza de los actos debe de ser de carácter político, por supuesto, si el actor no estatal desea cambiar la conducta de un gobierno. Este segundo carácter de la definición es controvertido de cierta manera porque habrá actos que se cometen contra personas inocentes, fuera del contexto de los conflictos armados, pero que también esos actos tienen una intención política, en muchos casos difíciles de discernir. En este sentido, distinguir a ciertos actos terroristas *per se* de otros actos de criminalidad, basados en la intención, podría presentar problemas de

---

<sup>901</sup> Los convenios son: 1. Convenio Sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves (1963); 2 Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (1970); 3. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Aviación Civil (1971); 4. Convención Sobre la Prevención y el Castigo de Delitos Contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos (1973); 5. Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes (1979); 6. Convención Sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (1980); 7. Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, Complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Aviación Civil (1988); 8. Convención para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima (1988); 9. Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de las Plataformas Localizadas en la Plataforma Continental (1988); 10. Convenio Sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección (1991); 11. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (1997); 12. Convenio Internacional para la Represión de Terrorismo Nuclear (2005); véanse todos estos convenios en 'Acciones de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, Instrumentos Internacionales para Combatir el Terrorismo'.

implementación en lo concerniente a esta definición. Pese a esta diatriba, el aspecto positivo de esta definición es el determinismo implicado en su contenido de interconectar al acto hostil con su naturaleza intencionada de intimidar a la población, u obligar a un gobierno a ejecutar un acto, o que se abstenga de realizarlo.

Finalmente como parte de este consenso general emergente, tenemos el reciente Borrador de la Convención Comprensiva sobre Terrorismo. El Borrador surgió del Comité *Ad Hoc*, establecido por la Asamblea General de la ONU, con el objeto de construir una definición genérica a establecer como tratado, y como forma sistemática de combatir el terrorismo internacional por medio del derecho internacional penal.<sup>902</sup> Pues bien, la definición que nos provee este instrumento está contenida en el Artículo 2(1)(a)(b)(c) del Borrador y consagra lo siguiente: “1. Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person, by any means, unlawfully and intentionally, causes: (a) Death or serious bodily injury to any person; or (b) Serious damage to public or private property, including a place of public use, a State or government facility, a public transportation system, an infrastructure facility or the environment; or (c) Damage to property, places, facilities, or systems referred to in paragraph 1 (b) of this article, resulting or likely to result in major economic loss, when the purpose of the conduct, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a Government or an international organization to do or abstain from doing any act”.<sup>903</sup> Con relación a esta última definición hay varios puntos que debemos resaltar. En primer lugar, esta definición incluye exactamente, la definición contenida en la Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del

---

<sup>902</sup> Efectivamente, el Borrador de la Convención Comprensiva sobre Terrorismo, Art. 3 estipula que “Where the present Convention and a treaty dealing with a specific category of terrorist offence would be applicable in relation to the same act as between States that are parties to both the present Convention and the said treaty, the provisions of the latter shall prevail”.

<sup>903</sup> Ibid Art. 2.

Terrorismo, lo que implica que mantiene los mismos cualificantes, o requisitos, que determinan el acto de terrorismo. Así, el acto de terrorismo es cometido cuando la intención criminal va dirigida a causar muerte, lesiones graves, o intimidar a la población civil, o a la persona que haya dejado de participar, o a personas que participan indirectamente en las hostilidades, y cuya motivación política existe detrás del acto, al obligar a un gobierno a abstenerse de, o de ejecutar, una política. En segundo lugar, nótese que el ámbito de protección contenido en esta definición es mucho más amplio que en el de la definición anterior. Este ámbito es mucho más amplio porque incluye a otra diversidad de blancos potenciales a ser atacados. En efecto, en la estructura conceptual se incluye a daños causados a propiedades públicas y privadas, lugares, facilidades, sistemas de transporte público, daños al medio ambiente y, cualquier otro daño que resulte en pérdidas económicas serias. Este nivel de protección concurre con las protecciones conferidas por el DIH a esos mismos blancos potenciales, sistema normativo que, a como hemos dicho, reprime a daños colaterales excesivos, producto de violaciones al principio de proporcionalidad y de distinción, acciones que podrían desembocar en crímenes de guerra. Este es definitivamente un incentivo para que en este paralelismo, entre la definición contenida en el borrador y las protecciones conferidas por el DIH, los Estados acepten por consenso la definición en cuestión.

Tercero, la amplitud de la definición es otra ventaja adicional para algunos, la cual puede servir de incentivo para su aceptación general. Por ser precisamente amplia esta definición, en esta amplitud se intenta cubrir un mayor número de formas de violencia políticamente motivada o, a como Allott defiende, evita legitimar formas de violencia no proscritas por

definiciones estrechas de terrorismo.<sup>904</sup> Sin embargo, y de manera paradójica, esta amplitud no deja de tener problemas. Contrario al argumento defendido por Allott,<sup>905</sup> también se podría decir que la definición es tan amplia que cualquier actividad mediante la cual se manifieste expresamente una posición política, actos aislados de violencia común, o movimientos legítimos por liberación nacional, podrían etiquetarse de terrorismo y, en consecuencia criminalizarse.<sup>906</sup> Posibilidades de abuso siempre existirán, sobre todo en Estados donde *accountability* y procesos de democratización brillan por su existencia.

Debemos observar otra dificultad estructural, concerniente al lenguaje contenido en el Artículo 18(1)(2)(3) de la Convención, y que se presenta como un obstáculo para su aceptación consensual. Este precepto estipula que “Nothing in this Convention shall affect other rights, obligations and responsibilities of States, peoples and individuals under international law, in particular the purposes and principles of the Charter of the United Nations, and international humanitarian law; [t]he activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, which are governed by that law, are not governed by this Convention; [t]he activities undertaken by the military forces of a State in the exercise of their official duties, inasmuch as they are governed by other rules of international law, are not governed by this Convention”.<sup>907</sup> La OCI rechazó esta formulación y propuso una nueva redacción concerniente a la clausula 2 y 3 del Artículo 18, controversia que debe aún resolverse. La redacción propuesta por la OCI es la siguiente: “[t]he activities of *parties during an armed conflict, including in situations*

---

<sup>904</sup> Philip Allott, *The Health of Nations. Society and Law beyond the State* (Cambridge University Press 2002) 68.

<sup>905</sup> Ibid.

<sup>906</sup> Véase Report of the Ad Hoc Committee established by General Assembly Resolution 51/210 of 17 December 1996, Eighth session, 28 June-2 July 2004.

<sup>907</sup> Borrador de la Convención Comprensiva sobre Terrorismo, Art. 18.



*of foreign occupations, as those terms are understood under international humanitarian law, which are governed by that law, are not governed by this Convention; [t]he activities undertaken by the military forces of a State in the exercise of their official duties, inasmuch as they are in conformity with international law, are not governed by this Convention”.*<sup>908</sup>

Es claro que existe una diferencia entre la noción de partes involucradas en un conflicto armado y las fuerzas armadas *per se*. Lingüísticamente la noción de partes es mucho más general que la noción de fuerzas armadas. Weiss, sugiere que la razón detrás de este cambio semántico presentado por la OCI es para dejar por fuera de la implementación de la Convención a organizaciones como Hamás, y Hezbollah,<sup>909</sup> “provided they were recognized as “parties”. Their activities would still be subject to humanitarian law, but only to the extent that humanitarian law was recognized as applying to them in their capacity as non-state actors, which is a gray area in contemporary law. At any rate, other provisions of the draft convention, if adopted in the Rowe version, could result in Palestinians being judged by harsher standards than those applicable under humanitarian law or ordinary criminal law”.<sup>910</sup>

Finalmente es de trascendencia observar que, en el Artículo 7 del Borrador de la Convención,<sup>911</sup> referente a los aspectos jurisdiccionales de ese instrumento. En conexión,

---

<sup>908</sup> Ibid. Palabras en itálicas no aparecen de esta manera en el documento original.

<sup>909</sup> Peter Weiss, ‘Terrorism, Counterterrorism and International Law’ (Transnational Institute 2005) <<http://www.tni.org/article/terrorism-counterterrorism-and-international-law>> accedido el 3 de mayo de 2012.

<sup>910</sup> Ibid.

<sup>911</sup> La Convención Comprensiva sobre Terrorismo, Art. 7 de estipula que “1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences set forth in article 2 of the present Convention when: (a) The offence is committed in the territory of that State; or (b) The offence is committed on board a vessel flying the flag of that State or an aircraft which is registered under the laws of that State at the time the offence is committed; or (c) The offence is committed by a national of that State. 2. A State Party may also establish its jurisdiction over any such offence when: (a) The offence is committed by a stateless person who has his or her habitual residence in the territory of that State; or (b) The offence is committed wholly or partially outside its territory, if the effects of the conduct or its intended effects

ya se ha indicado que los Estados, además del ámbito la jurisdicción universal, basan su jurisdicción sobre los principios de territorialidad, nacionalidad y de protección para castigar a criminales.<sup>912</sup> En este contexto, el Artículo 7 demanda que los Estados ejerzan jurisdicción sobre actos de terrorismo sobre estos tres últimos bases de jurisdicción y, de manera peculiar, sobre bases más amplias de jurisdicción. Efectivamente, bajo este precepto los Estados partes de la Convención deben tomar las medidas necesarias para ejercer jurisdicción sobre individuos que hayan cometido actos de terrorismo en el territorio de una de las partes o, en casos donde no se procede a la extradición del implicado, hacia una de la partes que debería requerir al individuo para su criminalización. Este mecanismo asegura que siempre exista una parte contratante interesada a procesar penalmente al implicado. ¿Quiere decir esta cuestión que la Convención consagra el principio de jurisdicción universal?

En respuesta a esta pregunta, si el principio de jurisdicción universal es implementado entonces, el crimen debe de ser muy bien definido por el derecho internacional, para que a partir de su comisión y definición genérica, la maquinaria penal de todos los Estados

---

constitute or result in, within its territory, the commission of an offence set forth in article 2; or (c) The offence is committed against a national of that State; or (d) The offence is committed against a State or government facility of that State abroad, including an embassy or other diplomatic or consular premises of that State; or (e) The offence is committed in an attempt to compel that State to do or to abstain from doing any act; or (f) The offence is committed on board an aircraft which is operated by the Government of that State. 3. Upon ratifying, accepting, approving or acceding to the present Convention, each State Party shall notify the Secretary-General of the United Nations of the jurisdiction it has established under its domestic law in accordance with paragraph 2 of the present article. Should any change take 4. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 2 in cases where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite that person to any of the States Parties that have established their jurisdiction in accordance with paragraph 1 or 2 of the present article. 5. When more than one State Party claims jurisdiction over the offences set forth in article 2, the relevant States Parties shall strive to coordinate their actions appropriately, in particular concerning the conditions for prosecution and the modalities for mutual legal assistance..."

<sup>912</sup> Acosta Estévez, 'Los Tipos Delictivos Graves Contra las Personas y Bienes Protegidos en Caso de Conflicto Armado en el Código Penal Español' (supra nota 759); T.M. Frank & B.B. Lockwood, 'Preliminary Thoughts towards an International Convention on Terrorism' (1994) 680(1) American Journal of International Law 69, 69-90.

miembros del sistema internacional reprima el ilícito de manera uniforme, independientemente del lugar donde se cometa el acto. Frente a esta indicación, la Convención establece que en casos de que una o más partes reclamen jurisdicción sobre el individuo, los Estados deben de coordinar sus acciones apropiadamente, de manera particular en lo que concierne a condiciones de procesamiento y de asistencia legal mutua. Este precepto, a nuestro juicio, sugiere que el principio de jurisdicción universal no es considerado, al menos de manera categórica por la Convención, por tanto, para juzgar al acusado de actos de terrorismo. Tampoco sugiere que los Estados deben de recurrir a la Convención en atención al principio de jurisdicción universal, o recurrirse a la alternativa de juzgar o extraditar, cuestión que se complica aún más cuando se presenta un catálogo complejo de competencia jurisdiccional entre varios Estados. Es correcto que la elasticidad de la jurisdicción se ha expandido en la Convención, factor de importancia, especialmente si tomamos en cuenta que habrá Estados que son un refugio para terroristas, niegan la extradición de acusados, así como la existencia de terroristas que se encuentren en sus territorios.<sup>913</sup> No obstante, la Convención Comprensiva sobre Terrorismo, al igual que todas las otras doce convenciones contra terrorismo, opera sobre un modelo común que establece bases de jurisdicción cuasi-universal, interconectado por una red de obligaciones internacionales.<sup>914</sup> El modelo consiste “[in] a definition of the offense in question and the automatic incorporation of such offenses within the extradition agreement between states parties coupled with obligations on state parties to make this offense an offense (usually where committed in the territory of the state or on board of a ship or aircraft registered there, or by a national of that state or in discretionary basis in some conventions where

---

<sup>913</sup> Raymond Tanter, *Rogue Regimes: Terrorism and Proliferation* (St. Martin's Griffin 1999) 40.

<sup>914</sup> Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press 2005) 1049.

nationals of that state have been victims) and, where the alleged offender is present in the territory, either to prosecute or to extradite to another state that will”.<sup>915</sup>

Como podemos observar, el Borrador de esta Convención posee problemas. Es de esperarse que este instrumento reciba, en términos jurídicos, ajustes cosméticos que los Estados puedan aceptar por consenso general. Después de todo, esas entidades son las encargadas primarias de generar un orden normativo global consensual que contribuya con paz y seguridad internacional. Mientras, el debate se prolonga, el terrorismo continúa siendo un crimen en búsqueda de definición. En tanto que no se resuelvan las diatribas, conjuntamente con la estructuración de una definición genérica de terrorismo, entonces, permaneceremos a la espera, hasta que la comunidad internacional lo resuelva. Esperemos que la espera, valga la redundancia, no sea por mucho tiempo.

---

<sup>915</sup> Ibid; Anthony Aust, *Handbook of International Law* (Cambridge University Press 2007) 270 concurre porque defiende en términos muy similares que, el régimen de jurisdicción cuasi-universal se refiere a que la jurisdicción es establecida por cada convención para cada una de las Partes contratantes, de otra manera no existe. Cada Parte de la Convención debe de establecer su jurisdicción sobre las ofensas, no solamente cuando son cometidas en su territorio, o por uno de sus nacionales o tiene otra conexión con el acto, por ejemplo, cuando el acto ha sido cometido en un avión que lleva la bandera de una de las partes.

## Conclusiones

Históricamente la idea de la guerra es una noción antigua. De hecho, la noción común del concepto no se puede desprender de la idea del concepto de Estado moderno nacido en 1648. Efectivamente, la Paz de Westfalia de 1648, en un intento por institucionalizar el orden interno e internacional, construyó la norma de la soberanía del Estado como el principio constitucional primario que serviría de pilar estructural para sostener el equilibrio de la naciente sociedad de Estados. Dentro del contexto de este naciente arreglo diplomático, que institucionalizó la relación entre soberanía y un régimen de seguridad estado-céntrico, evoluciona un orden internacional que permitió a los Estados disfrutar de autoridad suprema sobre los sujetos, y objetos, encontrados geográficamente en el territorio donde desplaza su poder de dominación. Bajo esta estructurada institucionalización, el Estado no reconoce autoridad superior alguna, en consecuencia, afirmándose como corolario de la soberanía el principio de no intervención en los asuntos internos y como base de las obligaciones internacionales. Entonces, es lógico inferir que violar cualquiera de estas obligaciones que sostenían la universalidad del orden internacional necesariamente conllevaría a una guerra.

La guerra es una consecuencia sistémica del sistema interestatal westfaliano. La intensidad, sin precedente alguno, de los conflictos armados acaecidos durante el renacimiento demandó la construcción del Estado moderno, el cual fue levantado sobre los pilares estructurales de la soberanía y su corolario de no intervención, situación que requería de los ejércitos profesionalizados para proteger exclusivamente la integridad territorial y mantener la seguridad internacional. En este escenario político-estratégico los Estados son los únicos actores habilitados para recurrir al uso la violencia organizada. Así, la guerra clásica era, y

aún lo es, simple y únicamente una lucha armada entre Estados soberanos, realizada por medio de los ejércitos, con el fin de resolver las controversias internacionales.

Pero existe otra consecuencia lógica del anterior escenario; si el Estado soberano era el único actor del sistema internacional westfaliano y, por tanto, disfrutaba de autoridad suprema sobre los sujetos encontrados dentro de sus fronteras territoriales, pues, es lógico inferir que con el goce del monopolio de la violencia organizada se excluiría a individuos como actores potenciales con derecho a contestar ese monopolio del uso de la fuerza. Este argumento reitera la definición de la guerra como una lucha armada entre Estados soberanos. La guerra clásica era un asunto exclusivo del Estado; esta entidad era el sujeto y objeto de la misma. Ahora bien, si la guerra clásica era un asunto exclusivo del Estado, y realizada por medio de las fuerzas armadas, entonces, el resultado de esta configuración fue la construcción de un patrón estratégico unidimensional de seguridad y predecible de amenazas militarmente externas que, para confrontarse, requerían asimismo de respuestas militares, con el fin de mantener la estabilidad del sistema internacional. En otras palabras, este patrón unidimensional de seguridad confería la ventaja a los Estados de examinar relativa y objetivamente la intensidad, y dirección, de donde provenían las amenazas para su seguridad. Con esta ventaja conferida por el ambiente estratégico era posible establecer posturas estratégicas relativamente claras y concretas, y de responder militarmente a amenazas, en un campo de batalla definido e identificable, siguiendo ciertas normas de conducta común en lo referente a las hostilidades.

En esta correlación binaria entre guerra y Estado, se enclava la noción de simetría. Esencialmente, la guerra clásica era simétrica por varios motivos interconectados. En primer lugar, porque, a como reiteramos, solo era posible entre entidades formalmente

constituídas en el sistema internacional y que poseían la misma estructura legal y política. En segundo lugar, la simetría resultante entre iguales debía extenderse al medio de combate único, las fuerzas armadas, para excluir a cualquier otro actor. En tercer lugar, es lógico pensar que si la lucha armada era llevada a cabo por medio de los ejércitos, entonces, el objetivo de la guerra era debilitar o derrotar rápida y militarmente al enemigo con el fin de obtener una victoria decisiva.

Como podemos observar, una guerra simétrica preserva la dinámica de reciprocidad y retaliación que, para respetarse, los Estados construyeron un sistema de normas binarias de DIH mutuamente dependientes, a mencionar: guerra y paz, conflicto armado internacional y de índole no internacional (ambos con tipos diferentes de regulación), combatientes y no combatientes, blancos militares y civiles y, donde el derecho al uso de la fuerza militar estaba determinado por la realización de un ataque armado, o la falta de éste. En este entramado se estableció una distinción clara entre el derecho de recurrir al uso de la fuerza entre los Estados (*jus ad bellum*), por ejemplo una declaración de guerra, y la regulación de las hostilidades (*jus in bello*) con el fin de proteger a los que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades.

Las dicotomías sobre las que se ha levantado el edificio normativo del DIH han formado la base de nuestro entendimiento sobre los conflictos armados y, al mismo tiempo, han sido incorporadas en los tratados del DIH. Estos instrumentos han reforzado estas categorías binarias, dificultando el análisis de los conflictos armados asimétricos actuales porque no existen otras alternativas en que basarnos para tal análisis. Las Convenciones de Ginebra fueron construidas dentro del contexto estratégico de la Guerra Fría, el cual propiciaba a un patrón unidimensional de seguridad, centrado en el objetivo de mantener la seguridad

externa, la integridad territorial e independencia política de los Estados. En consecuencia las guerras de esa época eran principalmente interestatales. Es de concluirse que estas categorías normativas tradicionales muy bien establecidas en el derecho internacional hayan sido construidas con el fin de regular básicamente conflictos armados internacionales, donde la dinámica de retaliación y reciprocidad entre los combatientes era preservada. Así, los ejércitos tenían blancos militares tangibles que atacar en un campo de batalla frontal, delineado claramente y, donde podían proyectar su poder de forma legítima, sin comprometer los principios de distinción y de proporcionalidad. En este contexto, la justificación de daños colaterales excesivos era más difícil puesto que, ambos contendientes se atacaban directamente preservando el principio de inmunidad civil. La consecuencia lógica de esta dinámica era llevar a cabo guerras que tenían por objeto debilitar, o derrotar, rápidamente al enemigo, así consagrado en las Convenciones de La Haya de 1907.

Sin embargo, el sistema internacional no es estático. Cambios sistémicos ocurren, nuevas fuerzas tectónicas y realidades emergen, cambios que el sistema interestatal debe de reacomodar en función de la seguridad internacional. En efecto, los procesos de cambios ambientales generados por las fuerzas incontrolables de la globalización, el acaecimiento de la Guerra Fría, y los trágicos acontecimientos ocurridos con los ataques al Centro Mundial de Comercio en Nueva York, el 11 de septiembre de 2001 han reconfigurado el escenario geopolítico mundial. Así, con el derrumbamiento del patrón estratégico predecible y unidimensional de seguridad existente hasta el mundo de la Guerra Fría, se da paso a la hipercomplejidad e incertidumbre de un patrón estratégico reemergente: la guerra asimétrica.



La guerra asimétrica es una consecuencia anómala de la reconfiguración sistémica del sistema internacional. El equilibrio del orden internacional westfaliano, mantenido por un sistema horizontal de Estados fuertes e independientes, que gozaban del monopolio de la violencia, ahora es cuestionado por un cambio en el carácter de la guerra. Este razonamiento es inferido a partir de cuatro preguntas que nos planteamos. En primer lugar, ¿para quién es la seguridad en el nuevo ambiente estratégico? Observando el carácter de los conflictos asimétricos actuales, y sus terribles consecuencias, debemos de concluir que el referente de la seguridad ha sido desplazado de su posición horizontal estado-céntrica a uno vertical que tiene como centro al individuo, o colectivamente a la población civil. En segundo lugar, si las amenazas militarmente externas se han debilitado, entonces cabe cuestionarse ¿de dónde provienen los nuevos peligros o, contra quién ahora hay luchar para mantener la seguridad? La respuesta a esta pregunta es directa; si las amenazas no provienen externamente de los Estados, en contraste, la única opción estratégica existente a pensar es que tales amenazas ahora provengan desde ‘adentro’; en otras palabras, desde el individuo o grupos de individuos que cuestionan el monopolio de la violencia estatal. El individuo es el nuevo actor en el escenario estratégico actual. En tercer lugar, si el valor supremo digno de protección en las guerras clásicas era la integridad territorial y la independencia política de los Estados, para mantener la paz y seguridad internacional, ¿cuál es el valor fundamental que ahora debe de protegerse para mantener la paz y seguridad internacional? Tautológicamente y, de alguna manera paradójica, regresamos a una respuesta ya expresada, la dignidad del individuo, su protección frente al sufrimiento humano, que pueda recibir como consecuencia de la violencia escalofriante de los conflictos asimétricos actuales.

En esencia, el declive de la dinámica de retaliación y de reciprocidad ha sido substituida por una dinámica mucho más compleja y polidimensional que reta las premisas sobre las que se ha levantado la estructura normativa del DIH, a como expresado en el título de esta tesis. En efecto, el primer reto para el DIH es que, en el mundo de la Post-guerra Fría no es posible segmentar al campo de batalla tradicional y aislarlo de la población civil. En otras palabras, el nuevo campo de batalla se encuentra atípicamente localizado entre esos individuos o la población civil, la cuál, de manera paradójica, es objeto de protección del DIH. En consecuencia, los ejércitos carecen del espacio necesario donde proyectar su poder sin comprometer al principio distinción y de proporcionalidad. Llevar a cabo un conflicto armado en un campo de batalla atípico, o difuso, donde no existe reciprocidad, principio sobre el que se predica el principio de retaliación, no conlleva a una victoria decisiva y rápida, ni a la debilidad de las capacidades materiales del opositor, sino que a mayor destrucción y violencia.

El segundo reto que enfrenta el DIH es el surgimiento de los actores no estatales, los cuales impugnan el monopolio de la violencia estatal a través de la explotación de los principios de distinción y de proporcionalidad. En esta dinámica también carece de la debida reciprocidad, de manera que las categorías binarias normativas tradicionales sean aisladas de infracciones graves. Con relación al principio de distinción concluimos que por un lado, tenemos a un ejército disciplinado, cuyas demandas de la necesidad militar son determinadas por el principio de reciprocidad que, requiere de un campo de batalla directo y que, en este sentido teóricamente sigue las leyes y costumbres de la guerra. El ejército posee armas convencionales, como bombas de precisión, guiadas por rayos láser, aviones de guerra, sistemas de vigilancia, etc. Sin embargo, esta misma superioridad tecnológica y

de poder resulta en una asimetría que obliga al oponente más débil a atacar desde ‘adentro’ a los objetivos ‘suaves’, la población civil en ambos casos, usando métodos y medios ilegales de ataque como aviones civiles como arma de ataque, bombas en coches, bombas suicidas humanas, lanzado de misiles desde concentraciones urbanas, perfidia, uso de escudos humanos, etc. Confrontado con la superioridad del más fuerte, el actor no estatal se nutre de la población civil, en consecuencia, colapsando el principio de distinción; desde ahí operan escondiéndose y ganándose el apoyo civil para sobrevivir, regenerarse y atacar. Recordemos que el actor no estatal es, en todo caso, un civil, sin distintivo alguno. En este sentido toda población civil es potencialmente enemiga y corre el peligro de ser atacada porque el actor estatal no puede distinguir entre ‘culpables’ y no ‘culpables’. Esta segunda conclusión reitera la primera: el ejército es imposibilitado de su habilidad para proyectar su poder legítimamente en un campo de batalla que permita distinguir entre combatientes y no combatientes. Los actores no estatales son un reto serio que socaba los pilares sobre los que se ha construido el DIH.

El tercer reto que la guerra asimétrica representa para el DIH es que en este tipo de conflicto el banco de objetivos militares legítimos es agotado rápidamente como consecuencia de la transmutación del campo de batalla y el colapso del principio de distinción. En este entramado, donde el epicentro de la contienda es circularmente la población civil, una de las partes contendientes no sigue la reglas ‘justas’ de la pelea. La categoría binaria normativa entre combatientes y no combatientes desaparece porque el actor no estatal corresponde a miembros de la población civil. Frente a esta situación, no existe otra alternativa más que expandir la noción de objetivos militares y causar daños desproporcionados dentro del ambiente civil complejo y justificarlos bajo la sombrilla de la

necesidad militar para tener alguna posibilidad de pelear. Pero el actor no estatal carece, al mismo tiempo, de la posibilidad de alcanzar y atacar objetivos legítimos muy bien protegidos por el actor estatal; entonces, para tener igual posibilidad de combate no tiene otra alternativa más que expandir los blancos militares y, atacar igualmente a los objetivos ‘suaves’ que corresponden a las vulnerabilidades del más fuerte, causando un alto número de muertes civiles. Como podemos observar, la ‘simetría de la ‘asimetría’ es un argumento fuerte y convincente que comprueba la hipótesis formulada en esta tesis y que cuestiona la implementación de los principios normativos predichos por el DIH.

La prolongación del conflicto es el cuarto reto normativo para el DIH. En efecto, si el enemigo más débil sabe que no puede ganar una batalla frontal contra un enemigo tecnológicamente superior, que ha sido estructurado para obtener la victoria decisiva en guerras rápidas, en contraste, el oponente más débil prolonga el conflicto para desgastar a su opositor más fuerte. La guerra asimétrica, como guerra de desgaste, no permite una victoria rápida y definida para el opositor más fuerte porque primero, el enemigo más débil no es una estructura militar, sino un ente difuso que prolonga el conflicto por años con el objeto de prevalecer más que de ganar, hecho que implica que no sea posible derrotarlo, o debilitarlo, militarmente. No obstante, la aceleración del conflicto implica que el actor estatal deba ejecutar ataques rápidos y sostenidos mientras mantiene las bajas al mínimo para mantener la legitimidad de las operaciones militares. Éstos necesariamente deben de resultar en daños colaterales desproporcionados. En contraste, el actor no estatal desacelera el conflicto. Así, entre más se desacelere el conflicto, más grande será el número de muertes y más fácil será de explotarse violaciones al principio de proporcionalidad en la infoesfera. En efecto ¿cómo es posible obtener una victoria y decisiva sino no existen

realmente blancos militares legítimos que atacar y a un enemigo que debilitar o derrotar? ¿Cómo es posible derrotar a un enemigo fluido, amorfo, que ataca desde ‘adentro’ en un conflicto sin plazos, y mientras el actor estatal mantiene el apoyo de la opinión pública? Aún más importante, si el derecho internacional nos ha proporcionado con una definición de objetivos militares, una cuestión de relevancia es cuestionarse lo siguiente: ¿Cómo examinar un objetivo militar válido en un conflicto asimétrico donde uno de los actores es amorfo? ¿Cómo medir la legitimidad de los daños colaterales excesivos dentro de un campo de batalla atípico?

En este escenario tenemos dos paradigmas estratégicamente incompatibles, operando en una misma situación de conflicto que se prestan para confusión. Por un lado tenemos a combatiente uniformado con un estatus claramente definido por el derecho internacional y, por otro, a un actor no estatal que carece de tal mérito. Entonces, atendiendo a las categorías binarias del DIH, antes referidas, ¿Es éste, un conflicto internacional, de índole no internacional o ninguno de estos dos? Si no es ninguno de éstos, ¿Qué tipo de conflicto es normativamente la guerra asimétrica? ¿Es una categoría intermedia entre el conflicto armado internacional y el de índole no internacional? ¿Cómo operar la implementación del DIH en este ambiente? Las respuestas a estos cuestionamientos realmente no existen y, además, requieren de mucha más investigación al respecto. En este sentido la guerra asimétrica presenta dilemas normativos que cuestionan la implementación efectiva del DIH.

El quinto reto que la guerra asimétrica presenta para la implementación del DIH concierne al uso de escudos humanos como medios de defensa. Obsérvese que los ejemplos correspondientes a los escudos humanos analizados en el capítulo IV de esta tesis preceden

al desarrollo conflicto sobre intervención humanitaria multilateral en Libia, ejecutada por la coalición aliada, en función del mandato de la Resolución 1973, tomada por el Consejo de Seguridad, bajo en Capítulo VII de la Carta, el 17 de marzo de 2011. Esta resolución “consider[ó] que los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil que est[ban] tomando lugar...en Jamahiriya Árabe Libia...constitu[ían] crímenes de lesa humanidad”. La resolución “exig[ió] que se estable[ciera] de inmediato una cesación del fuego y se [pusiera] fin completamente a la violencia y a todos los ataques y abusos contra civiles”. El citado documento “autoriz[ó] a los Estados Miembros...a que...adopt[aran] todas las medidas necesarias...para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que est[ban] bajo la amenaza de ataques...”. En la tesis no se tiene por objeto analizar la legalidad de intervención humanitaria. No obstante, para efectos de los que nos interesa efímeramente debemos de indicar que, la Resolución 1973 enfatiza la defensa de la población civil, como centro de gravedad, contra a ataques del entonces gobierno libio. Dentro de la legalidad que confiere el documento es que se ejecutaron los ataques contra las fuerzas militares del gobierno libio. Ahora bien, se reportó que la confrontación no fue puramente simétrica porque el Coronel Gaddafi usó escudos humanos involuntarios. Efectivamente, el periódico británico ‘Mail’, en su versión virtual del 24 de marzo de 2003, reportó que la fuerza aérea británica canceló una misión de bombardeo momentos antes de ser ejecutada porque había detectado escudos humanos involuntarios usados por Gaddafi. La misión fue cancelada para evitar una catástrofe concerniente a la muerte accidental de unos 300 civiles, incidente que hubiese contribuido con propaganda para desacreditar a las operaciones de la coalición y favorecer al gobierno libio. Asimismo nótese que los pilotos de la fuerza aérea fueron instruidos para atacar únicamente blancos militares legítimos

como centros de control y comando libios, campos aéreos, rutas de abastecimiento, estaciones de radar, y baterías de defensa usadas contra aviones de guerra.

Al aproximarse al blanco para atacarlo, los pilotos recibieron información clara sobre la presencia de civiles en el radio del blanco. Para efectos de conclusión, debemos de reafirmar lo ya analizado anteriormente. El uso de EHI es ilegal bajo el DIH, y por tanto reciben protección total bajo este sistema normativo. Es de igual importancia resaltar que en este caso se determinó la presencia de EHI en contraposición a los EHV. Reiteramos que los EHV protegen blancos militares legítimos, creando *de facto* defensa contra un ataque, sea deteniéndolo, retardándolo, o simplemente tenga por fin incitar al más fuerte a provocar daños colaterales desproporcionados, y con ello conferir la ventaja militar al opositor que escudan. Es claro que los EHV contorsionan la arquitectura normativa del DIH. Ahora bien, este tipo de conducta no implica que los individuos pierdan su estatus de civil porque participan en las hostilidades escudando blancos militares legales. No obstante, su participación afecta la naturaleza de los derechos y protecciones a las que esos individuos se deben de ampararse. En consecuencia, el DIH no les garantiza inmunidad frente a los ataques, ni asimismo se garantiza que heridos y muertes de éstos entren en el cálculo del daño colateral que demanda la proporcionalidad en cumplimiento del DIH. En este caso estamos frente a un caso evidente en el que, por un lado, una de las partes involucradas en el conflicto explota el principio de distinción con el objeto de que el más fuerte cause daños colaterales desproporcionados y, por otro, una de las partes que se abstiene de atacar, en cumplimiento de los principios de distinción y de proporcionalidad, para proteger a civiles usados como EHI. El problema de manera genérica es, entonces, ¿cuántas veces debe el más fuerte de abstenerse de atacar mientras la otra parte toma ventaja porque oblitera los

principios normativos del DIH o porque EHV les confiere ventaja? Obsérvese que la dinámica de reciprocidad y retaliación es también desgatada por estos últimos actores. Es claro que en este caso, el problema es de mayor envergadura para el actor no estatal, a quien se le demanda la justificación de la legitimidad de sus acciones militares y de daños colaterales excesivos para mantener su reputación en la opinión pública interna e internacional mientras que, al mismo tiempo se le presume de legitimidad.

En conexión, en el contexto de estas circunstancias el contenido normativo impuesto por el principio de proporcionalidad tiene efectos patológicos secundarios sobre los sujetos que deberían recibir la protección; el actor no estatal la explota revirtiéndola, y el otro, a como explicado antes, porque teniendo que implementarla, se ve obligado a reducir la barrera de protección que el principio trata de imponer, o a ignorarla, justificando los daños colaterales excesivos como necesidad militar. En otras palabras, la guerra asimétrica requiere que ambos actores pragmáticamente actúen de la misma manera, conclusión que reitera las anteriores. En realidad ambos actores, inferimos empíricamente, necesitan de esos daños desproporcionados para desacreditar las acciones hostiles del oponente en los medios de comunicación: el más débil para asegurarse el apoyo de la población civil, y acusar al más fuerte de crímenes de guerra, y el más fuerte para acusar al más débil de terrorismo y de uso de la población civil como escudos humanos, en la ‘guerra por los medios de información’. En este escenario el principio de proporcionalidad confronta varios problemas que dificultan, sino imposibilitan su discernimiento e implementación. Por consiguiente, si los ataques deslocalizados provienen, desde ‘adentro’, donde el principio de distinción es obliterado, entonces, ¿Cómo limitamos geográficamente el radio del blanco? ¿Proporcionalidad con relación a qué, si se puedan diseccionar quirúrgicamente



los objetivos militares legítimos de ataque? De buena fe, el principio demanda que el contraatacante debe abstenerse de llevar cabo los ataques cuando los daños colaterales exceden la ventaja militar esperada. Mientras tanto el más débil continúa atacando en un campo de batalla que expone las vulnerabilidades del oponente más fuerte. Es de entenderse que la norma no esté diseñada de buena fe para proteger al culpable sino a la población civil inocente. Pero en la realidad la norma tiene efectos contraproducentes para la población civil, o, a la inversa, tiene efectos secundarios extensibles ‘benéficos’ para el más débil. Después de todo el principio normativamente permite la muerte de civiles, situación que incluye a civiles que participen directamente en las hostilidades porque pierden su derecho de protección. En consecuencia, es imperativo cuestionarse ¿cuál es el estándar universalmente aceptado de daños colaterales incidentales a la población civil, en un teatro que no permite el discernimiento de la norma?

A nivel normativo, los problemas del principio de proporcionalidad se desprenden básicamente de otros problemas interrelacionados y que retan su efectividad: su carácter prospectivo, su naturaleza jurídica indeterminada e implementación dejada a buena fe del comandante que decida ejecutar los ataques. Pero estos tres problemas dependen, más bien, de una valoración ética inmediata hecha antes de ejecutar los ataques, determinada por las actitudes subjetivas hacia la vida humana que de los resultados de un ataque *per se*. En consecuencia, es difícil que la norma sea implementada de manera objetiva y uniforme en un teatro asimétrico que no se presta para tales efectos y, con ello, conferir legalidad genuina a los ataques.

Las debilidades inherentes en la norma no implican que el futuro su futuro sea incierto. Precisamente porque la norma es violada continuamente es cuando más debemos de

reforzarla, o revisitarla, con el fin de conferirle efectividad pragmática. Cómo reforzarla es el meollo del asunto. Esta cuestión necesita mucho más investigación. Cualquier sugerencia concerniente a reforzamiento, reinterpretación del principio de proporcionalidad, debe al menos de tomar en cuenta dos factores aspectos. Primero, el uso de la fuerza militar, situación que implica que, la noción de la proporcionalidad en el *jus in bello* necesariamente debe de interpretarse tomado en cuenta la noción de la proporcionalidad en el *jus ad bellum*. Si inyectamos la noción de la proporcionalidad del *jus ad bellum* en el *jus in bello*, entonces, el actor estatal es obligado, al menos en teoría, a cuestionarse si el uso de la fuerza extraterritorialmente, o en guerras asimétricas que se desarrollen en terceros Estados, que no tienen relación alguna con el que usa fuerza, es necesario. Después de todo, una guerra rápida no es posible. Con esta nueva proposición, la protección la población civil es mejor garantizada porque al actor estatal, al menos teóricamente, se le pide una mayor justificación para usar la fuerza en conflictos cuyo centro de gravedad es la población civil y sin posibilidad de obtener una victoria clara. Además, la justificación de daños colaterales excesivos sería más difícil porque el actor estatal presume de legitimidad. Establecer este puente entre el *jus ad bellum* y el *jus in bello* colateralmente desintensiva la voluntad del actor no estatal para atacar a un actor estatal que no muestra la voluntad de combatir sino se siguen reglas ‘justas’ del juego. En segundo lugar, una nueva reinterpretación del principio de proporcionalidad debe de tomar en cuenta que los actores no estatales siempre recurrirán a la barbarie y operan fuera del cualquier régimen legal internacional. En consecuencia, es necesario de buscar las soluciones a las causas profundas que los motivan a actuar en la barbarie.

Además, sabemos que los medios de comunicación estratégicamente son usados como armas para explotar daños colaterales, aún cuando no sean excesivos porque construyen percepciones negativas que pueden conllevar a más violaciones del DIH. Por tanto, un control efectivo de esos medios es de importancia. Aún de más trascendencia, inducir a terroristas, por ejemplo, a aceptar y conducirse de acuerdo con las proscripciones jurídicas del DIH sería una buena solución para muchos. Pero este paliativo implica legitimar previas violaciones graves cometidas por esos actores al cuerpo normativo del DIH, estridencia que los Estados no están dispuestos a aceptar. Legitimar terrorismo y conferirles las protecciones garantizadas por el DIH es impensable. Asimismo, remover a la población civil de aéreas hostiles es imposible porque la hostilidad precisamente proviene desde ahí. En este caso ganarse la mente y corazón de la población civil como estrategia de contención es más efectiva pero para tal fin de no deben de existir espacios vacíos sin gobernación, situación difícil de lograr, especialmente en Estados colapsados. Además, presumir que todo ataque sería desproporcionado tampoco es viable porque tal asunción limitaría por completo la habilidad del actor estatal para combatir, contexto que se complica por el hecho de que los ataques militares siempre corren el riesgo de ser adjetivados como excesivos, y por ende aumentando acusaciones de crímenes de guerra. La guerra asimétrica, entonces, no demanda solo soluciones puramente militares sino más bien de contención. En este sentido obtener la victoria está más relacionada con ganarse el apoyo de la población civil, y desde adentro coartar la capacidad de regeneración del enemigo más débil, especialmente si se quiere reforzar la norma contra su explotación.

Pero los retos continúan. Ahora bien, si el Artículo 44(3) del PAI es derogado, o se contempla una posible emendación para estipular que los actores no estatales deban de

distinguirse en todo momento durante las hostilidades, sin importar el hecho de que puedan darse situaciones donde las hostilidades no permiten tal distinción, es establecer un tipo de simetría que, aunque ideal, ningún actor difuso aceptará porque tal disposición normativa es de origen estado-céntrico, puesto que esos actores no han participado, ni pueden participar en su reformulación, y porque también implicaría directamente su exterminio debido al déficit de poder que poseen. Distinguirse como combatiente los hace detectables y objeto militar directo y preciso de ataques. La transmutación de un teatro estratégico asimétrico a uno simétrico es ideal y facilitaría la implementación del DIH, pero es totalmente contrapuesto al objeto y naturaleza de la guerra asimétrica misma. En caso de que se contemple una posible reforma a la mencionada disposición, tal metamorfosis posiblemente complicaría aún los ya existentes desequilibrios normativos contenidos en el DIH. A como reiteramos, el objeto de la guerra asimétrica es colapsar el principio de distinción para causar daños colaterales excesivos. ¿Cómo solucionar estos problemas que retan la implementación del DIH? Es claro que las normas del DIH deben ser implementadas coherente e imparcialmente hacia los combatientes. Pero, ¿cómo alcanzar este objetivo normativo si la guerra asimétrica paradójicamente requiere que los principios humanitarios del DIH sean infringidos? Estos cuestionamientos requieren de estudios profundos, en el cual se involucre a militares y expertos en DIH. Mientras tanto, el futuro normativo del precepto es oscuro. Desprendernos de la misma implica regresar a la deshumanizada barbarie de la época prewestfaliana y, con ello legitimar la comisión de atrocidades.

Con base en estas consideraciones, primero debemos de reconocer que el objetivo de la norma, en tratar de limitar el sufrimiento humano, la hace aún relevante en el contexto de la guerra asimétrica para resaltar atrocidades. Igualmente debemos de reconocer que la norma

posee limitaciones y, por consiguiente, debe de reforzarse, tomando en cuenta que los valores militares no son más preminentes que los valores humanitarios. Sin embargo, el reto de reforzarla radica en establecer mecanismos efectivos que incentiven su cumplimiento, así como aclarar su naturaleza jurídicamente indeterminada, en su presente formulación contenida los instrumentos humanitarios del derecho internacional, y en su enunciación consagrada en el Artículo 8(2)(b)(iv) del Estatuto de Roma.

Pero hay otro problema de orden teórico-formal que la guerra asimétrica como concepto jurídico presenta, ya planteado como parte de la cuarta conclusión. La guerra asimétrica, como expresión cualitativa del carácter la guerra, no se constituye típicamente como un conflicto armado internacional, de acuerdo con las estipulaciones del derecho internacional. En este sentido no activa específicamente la implementación comprensiva del régimen establecido por el DIH. Concluimos este argumento porque en términos cualitativos un conflicto armado jurídicamente existe atendiendo a la naturaleza y reciprocidad de los actores, para lo cual las partes deben ser identificables, al nivel de organización de las partes y según el nivel de la intensidad y duración de la violencia. El Artículo 2 de la Cuarta Convención de la Haya explícitamente estipula que, como un hecho de derecho, el instrumento es activable solo entre las altas partes contratantes, los Estados. Similarmente, el Artículo Común 2 de las Convenciones de Ginebra regula que para que tales instrumentos sean ejecutados en su totalidad, un conflicto armado debe de tomar lugar entre las altas partes contratantes, los Estados, cuestión que demanda subjetividad jurídica en el derecho internacional. Cualquier otra interpretación que defina a un conflicto armado como el uso de la fuerza de una de las altas partes contratantes contra un actor no estatal, al menos los que aquí nos interesan, en su territorio, o el de un tercer Estado, por ejemplo los

Estados Unidos contra Al Qaeda en Afganistán, no es convincente. Además, los Estados están obligados por los convenios en sus relaciones recíprocas con las partes contratantes. La reciprocidad es aún esperada entre los contendores.

Ahora bien, si tomamos el caso de terroristas, actores difusos típicos de la guerra asimétrica, estos actores no se ajustan a los requerimientos del derecho internacional general ni del DIH en particular. No se ajustan a esas disposiciones porque, primero, no son partes contratantes a las Convenciones de Ginebra, recíprocamente no son identificables, tampoco son formalmente combatientes. A pesar del nivel de destrucción terrible que puedan causar, comparable al de un ataque militar desproporcionado, que pueda conllevar al despliegue de la fuerza militar, por ejemplo, los ataques del 11 de septiembre, la realidad muestra que sus actos hostiles son más bien episódicos. Así, entre menos sistemáticos y fluidos sean los ataques, más impredecible y difuso es el campo de batalla y más extensa la prolongación del conflicto para desgastar al enemigo más fuerte. Atendiendo al nivel de organización, los actores no estatales difusos no se estructuran centralizadamente de manera sistemática como las fuerzas armadas, sino que, forman redes geográficamente dispersas para evitar su identificación, sobrevivir y crear confusión.

Tampoco la guerra asimétrica es un conflicto internacional por liberarse de “la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas”, y así establecido en el Artículo 1(3) del PAI. Aún más, el Artículo 1(3) se circunscribe a implementarse a las situaciones previstas en el Artículo Común 2 de las Convenciones de Ginebra. En consecuencia esta reiteración jurídica contenida en el PAI presenta las mismas diatribas del Artículo Común 2. También, hasta el momento no existen

actores difusos, que como terroristas, hayan reclamado el derecho a la autodeterminación, cuestionable en todo caso por no ajustarse a las condiciones requeridas por el derecho internacional. El Artículo 1 del PAII tampoco ayuda puesto que su campo material de implementación se reduce a los conflictos que se desarrollen en el territorio de una de las altas partes contratantes, contra actores no estatales que normativamente reúnan las condiciones del combatiente.

Ahora bien, si la guerra asimétrica no es un conflicto armado internacional, tampoco es un conflicto de carácter no internacional. El Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra indica que el instrumento es solo funcional en conflictos de índole internacional y que surjan en el territorio de una de las altas partes contratantes, y que, por supuesto, el actor no estatal debe ajustarse a los requerimientos materiales del combatiente. Esta delimitación geográfica del conflicto armado deja por fuera a guerras asimétricas ocurridas en terceros Estados, donde las fuerzas armadas de éstos últimos no sean parte de la contienda. Pero además, como reiteramos, la naturaleza difusa de los actores, el carácter geográficamente deslocalizado y episódico de la violencia a la que recurren, y su operatividad internacional cuestionan técnicamente la juridicidad del concepto como conflicto interno dentro del régimen legal establecido por el DIH. En consecuencia, la noción binaria taxativamente categórica de conflicto armado es insuficiente para establecer si el régimen establecido por el DIH es implementable en guerras asimétricas por excelencia. La guerra asimétrica reta estas categorías binarias o, al menos, hasta que no se construya una tercera categoría conceptual jurídicamente híbrida, que incluya la posibilidad de una estructura militar regular que se enfrenta a fuerzas irregulares que operan internacionalmente desde ‘adentro’, o entre la población civil, o, donde la lucha es interna

pero internacionalizada. Esta posición de momento imposible de concebir y, en caso contrario, conllevaría a un cuestionamiento comprensivo del DIH. La categoría binaria no es un problema si actos de terrorismo ejecutados por actores no estatales son atribuibles a un Estado, ya que tal atribución determinaría legalmente a tales actos como un conflicto internacional, y en consecuencia desplegaría la implementación invalorable del DIH. Mientras todas estas cuestiones no se aclaren, tendremos en una misma situación de conflicto a dos actores cualitativa y diametralmente opuestos en un campo de batalla amorfo en el que el principio de inmunidad civil es obliterado y, donde uno de los actores recibe los beneficios y garantías conferidas por el DIH, independientemente de que sus actos también pongan en peligro a la población civil inocente, o se beneficie de la explotación de daños colaterales excesivos, aún cuando tal acción constituya crimen de guerra, mientras el otro es tratado como criminal.

Daños colaterales excesivos voluntarios o inducidos constituyen un crimen de guerra, difícil, sino imposible de ser castigado penalmente bajo el DIC. La universalidad implícita en el crimen, establecida consuetudinariamente, y sujeta el principio de jurisdicción universal, implica que su comisión trascienda el interés del individuo y la del Estado mismo, en el sentido de que su represión es comisionada en nombre de la comunidad internacional. El derecho internacional ha establecido su definición y contenido, situación que lo estandariza para efectos de su criminalización. Sin embargo, procesar penalmente daños colaterales como crimen de guerra enfrenta el obstáculo concerniente a la maleabilidad de las pruebas requeridas para criminalizar a culpables: el elemento de la intención y el del exceso. En última instancia, estos dos elementos de prueba son dejados a juicio de los Estados. El consecuente resultado de este defecto del sistema legal



internacional es que los Estados nunca aceptarían intención premeditada de haber causado daños colaterales excesivos, con el fin de proteger a sus tropas e intereses. Por tanto, daños colaterales desproporcionados como crimen de guerra es un oxímoron. Con este reto que enfrenta el aparato normativo del DIC, queremos decir que ningún tribunal internacional, específicamente la CIP, podría arriesgarse a enjuiciar daños colaterales como crimen de guerra, y emitir un fallo confiable y universalmente aceptable. No solo la valoración de la intención y del elemento del exceso son aportados por los Estados, por tanto, acción cuestionable, sino que la naturaleza jurídica indeterminada del principio de proporcionalidad se ostenta como barrera misma contra la penalización de daños colaterales como crimen de guerra. En contraste, esta situación no se produce en el derecho penal interno de los Estados porque la evidencia es investigada, aportada y valorada por la fiscalía y no por el acusado, basada en la comisión del crimen mismo, proceso que asegura un fallo altamente confiable.

Como podemos observar, estas vicisitudes concomitantemente acarrear dos problemas adicionales obvios. En primer lugar, los acusados no son penalizados porque el juicio valorativo que se determine para los ataques depende de su buena fe y no de los resultados materiales de los ataques. En consecuencia, un ataque, a pesar de que sea considerado como desproporcionado, no lo es jurídicamente si el comandante que los autorizó valoró de buena fe, en el momento de tomar la decisión, que no lo sería. Y si, en contraste, aún cuando a sabiendas que el ataque sería desproporcionado, el comandante lo autorizó, ¿cómo probar culpabilidad por responsabilidad de comando, cuando tal prueba y evidencia es probado por el actor estatal? Además, la valoración de daños incidentales carece de estandarización, o es de carácter subjetivo, a como hemos indicado. Bajo esta interpretación, es importante

interrogarse ¿cómo imponer la justicia en un sistema legal internacional donde la prueba es determinada y valorada por los Estados? ¿Qué mecanismos legales internacionales existen, o deberían de existir, para conferir poder a la CPI de directamente extraer, o verificar, la prueba de los implicados de manera que no sea dejada para los Estados? ¿Cómo el principio de complementariedad se constituye técnicamente como una barrera establecida contra la justiciabilidad de los daños colaterales como crimen de guerra?

En segundo lugar, como conclusión empírica debemos de defender que si los que cometen ataques desproporcionados no son penalizados sino que, en contraste reciben todos los beneficios del DIH, pues este debe ser un incentivo para que los actores no estatales no se ajusten a las disposiciones humanitarias que estructuran el edificio normativo del derecho internacional. Efectivamente los actores no estatales, como terroristas, no han participado con la construcción de las leyes y costumbres de la guerra, no son técnicamente combatientes ni reciben el consecuente beneficio del prisionero de guerra. Con esta premisa no queremos decir que deban ser legitimados como combatientes, ni recibir el estatus de prisionero de guerra. El argumento que queremos defender es que el régimen de sanciones debe ser transparente, efectivo y justo de manera que se constituya como un modelo punitivo que sirva como incentivo de cumplimiento con el DIH, especialmente porque de manera sintética las violaciones al derecho humanitario por ambas partes son, en este respecto, las mismas.

Finalmente, si el principio de jurisdicción universal no garantiza pragmáticamente el potencial enjuiciamiento de daños colaterales excesivos como crimen de guerra, aún es mucho más difícil, sino de momento jurídicamente imposible extrapolar tal razonamiento al terrorismo como crimen universal. El terrorismo no es un crimen universal enmarcado

dentro de las fronteras jurídicas establecidas por el sistema legal internacional; no constituye parte del canon del *jus cogens*, no se consagra dentro de la jurisdicción de la CIP ni tampoco existe una definición consensualmente aceptada del mismo entre los Estados. Hasta ahora, ha sido considerado como un crimen ordinario y serio que amenaza la paz y la seguridad internacional pero no existe evidencia concreta, y clara, que apoye al terrorismo un crimen sujeto al principio de jurisdicción universal. El Consejo de Seguridad ha postulado una definición que lo establece como hostilidades criminales ejecutadas con la intención de aterrorizar o provocar estados de pánico en la población civil así como obligar a un gobierno a cambiar una política. No obstante, aún esta por evidenciarse en la práctica de los Estados y en *opinio juris*, que la definición es vinculante e implementada sistemáticamente. En consecuencia, penalización el terrorismo ha dependido, hasta ahora, del interés particular, o no, de los Estados en reprimirlos, motivo que ha conllevado a la falta de castigo, especialmente si no existen tratados de extradición entre el Estado que pide la extradición y el que debe conferirla, o debido a la existencia de la pena de muerte en el Estado que pide la extradición. La fragmentación del sistema legal internacional por sancionarlo es reflejada en la diversidad de instrumentos legales concernientes al mismo. Es de dudar que la doctrina de *aut dedere aut judicare* sea una norma consuetudinaria y que, su consecuente estatus como *jus cogens*, conduzca a la represión de terrorismo como crimen universal. Debido a la falta de estatus consuetudinario el principio de extraditar o castigar, y carencia de predicación a como *jus cogens*, es que muchos escapan castigo. El derecho internacional, en su expresión convencional, mientras no responda de forma sistemáticamente articulada a la cada vez creciente amenaza de terrorismo, mediante un instrumento legal comprensivo que lo defina, establezca medios de cooperación y sanción entre los Estados para prevenirlo y reprimirlo, la población civil permanecerá a riesgo.

Permanecerá a riesgo ya sea porque el actor estatal es librado de su responsabilidad legal de asumir daños colaterales como crimen de guerra porque el actor no estatal es librado de castigo debido a la protección que le garantice el Estado del cual es nacional, o porque la pena de muerte existe en el Estado que requiere la extradición y, por tanto es protegido por el Estado donde se encuentra el terrorista, o sencillamente porque el derecho internacional no se ha respondido normativamente a las demandas de la nueva amenaza. Mientras tanto la justicia esperará a expensas de inocentes.

## Bibliografía

Acciones de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, Instrumentos Legales Internacionales para Combatir el terrorismo, Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999 <http://www.un.org/spanish/terrorism/instruments.shtml>

Acosta Estévez, J.B., 'Las Infracciones Graves a los Convenios de Ginebra en el Derecho Penal Español bajo el Principio de Jurisdicción Universal' (2007) 7 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 13-64 <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/7/art/art1.pdf>

Acosta Estévez, J.B., 'Los Tipos Delictivos Graves Contra las Personas y Bienes Protegidos en Caso de Conflicto Armado en el Código Penal Español' (2008) [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_03.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_03.pdf)

Akehurst, M., 'Custom as a Source of International Law' (1974) 47(1) *The British Year Book of International Law*, 1-53

Amnesty International, 'Lebanon: Deliberate Destruction or Collateral Damage? Israeli Attacks on Civilian Infrastructure', Washington, D.C., 23 August 2006 <http://www.amnesty.org/en/library/info/MDE18/007/2006>

Amnistía Internacional, 'La OTAN en la República Federativa de Yugoslavia: ¿Daños Colaterales u Homicidios Legítimos. Violaciones al Derecho de los Conflictos Armados cometidas por la OTAN durante la Operación Fuerza Aliada', 7 de Junio de 2000 <http://www.amnesty.org/es/library/asset/EUR70/018/2000/es/f38d7b45-df56-11dd-89a6-e712e728ac9e/eur700182000es.pdf>

Alcalde Fernández, J., 'La Guerra Contra el Terrorismo: Una OPA Hostil al Derecho de la Comunidad Internacional' (2000) 53(1) *Revista Española de Derecho Internacional*, 289-302

Aldrich, G.H., 'The Taliban al-Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants', (2002) 96 *American Journal of International Law*, 891-898

Alexander, Y. & Brenner, E.H.: (Editors), *Terrorism and the Law*, New York, Transnational Publishers, 2001

Allott, P., *The Health of Nations. Society and Law beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002

Andrés Sáenz de Santa María, P., 'Collective International Measures to Counter International Terrorism' in P. Antonio Fernández-Sánchez (Editor), *International Legal Dimension of Terrorism*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009

Arcos Ramírez, F., '¿Se Puede Hablar de Guerras Justas?' en I. Campos Cervera, *et.al.* (Editores), *Desafíos Actuales de los Conflictos Armados: Reflexiones sobre el Derecho a la Paz*, Madrid, Dyckinson, 2006,

Arenas Hidalgo, N., 'The International Responsibility of EU in US "Extraordinary Renditions" of Suspected Terrorists' in P.A. Fernández-Sánchez, (Editor), *International Legal Dimension of Terrorism*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009

- Arreguín-Toft, I., 'How the Weak Win Wars: A Theory of Asymmetric Conflict' (2001) 26(1) *International Security*, 93-128
- Aust, A., *Handbook of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007
- Ayoob, M., 'The Security Problematic of the Third World', (1991) 43(2) *World Politics*, 257-283
- Baldwin, T., 'The Territorial State' in H. Gross & T.R. Harrison (Editors), *Cambridge Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1992
- Bassiouni, M.C., 'The Normative Framework on International Criminal Law: Overlaps Gaps, and Ambiguities in Contemporary International Law' in M.C. Bassiouni (Editor.), *International Criminal Law*, New York, Transnational Publishers, Ardsley, 2008
- Bassiouni, M.C., *Introduction to International Criminal Law*, New York, Transnational, 2003
- Bassiouni, C., 'Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice' (2001) 42 *Virginia Journal of International Law Association*, 81-162
- Bassiouni, C., 'From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years, The Need to Establish a Permanent International Criminal Court' (1997) 10(11) *Harvard Human Rights Journal*, 11-62
- Bassiouni, M.C., *International Criminal Conventions and Their Penal Provisions*, New York, Transnational Publishers, 1997
- Bassiouni, C. & Wise, E.: *Aut Dedere Aut Judicare, The duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995
- Bassiouni, M.C., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Dordrecht, Nijhoff Publishers, 1992
- Baxter, R.R., 'A Skeptical Look at the Concept of Terrorism', (1974) 7(3) *Arkon Law Review*, 380-387
- Beehner, L., 'Perceptions of US Diplomacy' (USA Council on Foreign Relations 2005)  
[http://www.cfr.org/media-and-foreign-policy/perceptions-us-public-diplomacy/p8934?breadcrumb=%2Fissue%2Fpublication\\_list%3Fid%3D448](http://www.cfr.org/media-and-foreign-policy/perceptions-us-public-diplomacy/p8934?breadcrumb=%2Fissue%2Fpublication_list%3Fid%3D448)
- Bell Bethany, 'Counting Casualties in Gaza's War' *BBC News*, London, 28 de enero de 2009  
[http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/middle\\_east/7855070.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/middle_east/7855070.stm)
- BBC News*, 'Denmark Frees Top Chechen Envoy', *London*, 3 December 2002  
<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/2539567.stm>
- BBC News*, 'Israel 'Understated' Gaza Deaths', *London* 9 September 2009  
<http://news.bbc.co.uk/1/hi/8245433.stm>
- BBC News*, 'Lockerbie bomber Abdelbaset al-Megrahi dies in Tripoli', *London*, 20 May 2012  
<http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-18137896>
- BBC*, 'What is the Impact of Lockerbie Release?' *BBC News*, *London*, 20 de agosto de 2009  
<http://newsforums.bbc.co.uk/nol/thread.jspa?forumID=6897&edition=1&ttl=20101008000808>

- Becker, A., 'Gaza: Where Civilians Become Targets. Israel Accuses Hamas of Hiding 'Terrorist Infrastructure' among Civilians, but does that Justify the Slaughter of Innocent Gazans?' *The Guardian*, London, 28 December 2008  
<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2008/dec/28/israelandthepalestinians-middleeast>
- Bellamy, A.J., 'Is the War on Terror Just?' (2005) 19(3) *International Relations*, 275-296
- Belt, W., 'Missiles over Kosovo: Emergence, Lex Lata, of a Customary Norm Requiring the Use of Precision Munitions in Urban Areas' (2000) (47) *Naval Law Review*, 115-175
- Ben-Neftali O. & Michaeli, K., 'The Public Committee against Torture in Israel v. the Government of Israel' (2007) 101(2) *American Journal of International Law*, 459-465
- Benvenisti, E., 'The Legal Battle to Define the Law of Transnational Asymmetric Warfare' (2010) 20 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 339-359
- Benvenisti, E., 'Rethinking the Divide Between Jus ad Bellum and Jus in Bello in Warfare Against Nonstate Actors' (2009) 34 *Yale Journal of International Law*, 541-548,  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1403882](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1403882)
- Benvenisti, E., 'Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy Civilian' (2006) 39(2) *Israel Law Review* <http://law.bepress.com/taulwps/>
- Benvenisti, E., 'Excessive Force and Human Dignity during Military Conflict', *Working Papers*, Tel- Aviv University, 2004, <http://law.bepress.com/taulwps/>
- Bermejo García, R., 'El Conflicto de Chechenia a la Luz del Derecho Internacional y el Derecho Internacional Humanitario' en C. Ramón Chornet (Editor), *Problemas Actuales del Derecho Internacional Humanitario*, V Jornadas de DIH, Valencia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2001
- Best, G., *War and Law since 1945*, Oxford, Clarendon Press, 1994
- Best, G., 'The Place of Grotius in the Development of International Humanitarian Law' in A. Dufour, et. al., *Grotius Et L'ordre Juridique International: Travaux du Colloque Hugo Grotius*, Geneva, Payot, 1985
- Best, G., *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, London, George Weidenfeld & Nicolson Ltd., 1980
- Cheng, B., *General Principles of Law as Applied in International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006
- Black, J., 'War and the World 1450-2000', (1999) 63(3) *Journal of Military History*, 669-682
- Black, J., 'Military Organizations and Military Change in Historical Perspective', (1998) 62(4) *Journal of Military History*, 871-893
- Bodansky, Y., 'Tinder Box in the Caucasus' (2000) (4) *Defense & Foreign Affairs Strategic Policy*, 4-8

Boisson de Chazournes L. & Sands P. (Editors), *International Law, The World Court and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999

Bothe, M., 'Customary International Humanitarian Law: Some Reflections on the ICRC Study' in T.L.H. McCormack & A.M. McDonland (2005) *Yearbook of International Humanitarian Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 143-178

Bothe, M., 'War Crimes' in A. Cassese et.al. (Editors), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, New York, Oxford University Press, 2002

Bothe, M., et. al., *New Rules of Victims of Armed Conflict*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1982

Bowden, M., *Black Hawk Down*, New York, Atlantic Monthly Press, 1999

Bowen, J., 'Gaza: Out of the Ruins', *BBC Panorama*, 8 de febrero de 2009, [http://news.bbc.co.uk/panorama/hi/front\\_page/newsid\\_7874000/7874939.stm](http://news.bbc.co.uk/panorama/hi/front_page/newsid_7874000/7874939.stm)

Browcott, O., 'Al-Qaida Suspect Living in Britain Arrested after US Extradition Request', *The Guardian*, London, 7 July 2010 <http://www.guardian.co.uk/uk/2010/jul/07/terrorist-suspect-abid-naseer-arrested>

Brownlie, I., *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963

Bruderlein, C. & Leaning, J., 'New Challenges of Humanitarian Protection' (1999) *BMJ*, 430-435, [http://www.mcgill.ca/files/familymed/S03\\_Bruderlein\\_New\\_Challenges\\_for\\_Humanitarian\\_Protection.pdf](http://www.mcgill.ca/files/familymed/S03_Bruderlein_New_Challenges_for_Humanitarian_Protection.pdf)

B'tselem, The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, Data, Human Rights in the Occupied Territories: "Statistics", 29.9.2000-31/10.2010, <http://www.btselem.org/English/Statistics/Casualties.asp>

B'tselem, The Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, 'Human Shield, Use of Palestinian Civilians as Human Shields in Violation of High Court of Justice Order', Information Sheet, November 2002, [http://www.btselem.org/Download/200211\\_Human\\_Shield\\_Eng.pdf](http://www.btselem.org/Download/200211_Human_Shield_Eng.pdf)

Bugnion, F., 'Just Wars, Wars of Aggression and International Humanitarian Law' (2002) 84(847) *International Review of the Red Cross*, 1-26 [http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/5FLCT4/\\$File/bugnion%20ang%20.pdf](http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/5FLCT4/$File/bugnion%20ang%20.pdf)

Bull, H., *The Anarchical Society*, London, Macmillan, 1977

Burger, J., 'International Humanitarian Law and the Kosovo Crisis: Lessons Learned and to Be Learned' (2000) 82(837) *International Review of the Red Cross* <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqcs.htm>

Bush, A.J., 'How did We Get Here? Foreign Abduction after 'Alvarez-Machain' (1993) 45(4) *Stanford Law Review*, 939-983



- Byman, D. & Waxman, M., 'Defeating US Coercion' (1999) (41)(2) *Survival*, 107-120
- Cabrerizo Calatrava, A., 'El Conflicto Asimétrico', *Congreso Nacional de Estudios de Seguridad*, Universidad de Granada, 2002,  
<http://www.ugr.es/~ceas/Sociedad%20y%20seguridad/CABRERIZO.pdf>
- Caldwell, W.B. *et.al.*, 'Learning to Leverage in New Media. The Israeli Defense Forces in Recent Conflicts' (2009) 89(3) *Military Review*  
[http://usacac.army.mil/CAC2/MilitaryReview/Archives/English/MilitaryReview\\_20090630\\_art004.pdf](http://usacac.army.mil/CAC2/MilitaryReview/Archives/English/MilitaryReview_20090630_art004.pdf)
- Calpini, R., 'El Concepto de Imperio en la Era de la Globalización' en B. Riutort (Editor), *Conflictos Bélicos y el Nuevo Orden Mundial*, Barcelona, Icaria, 2003
- Cannizzaro, E., 'Contextualizing Proportionality: Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Lebanese War' (2006) 88(864) *International Review of the Red Cross*,  
[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_864\\_cannizzaro.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_864_cannizzaro.pdf)
- Carpenter, C., 'Geneva 2.0', (2008) (96) *The National Interest*  
<http://nationalinterest.org/article/geneva-20-2494>
- Carrillo Salcedo, J.A., 'El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Globalización' en J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario Ante los Retos de los Conflictos Armados Actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2006
- Carta de las Naciones Unidas <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm#Cap1>
- Cassese, A., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005
- Cassese, A., 'Terrorism as an International Crime' in A. Bianchi (Editor), *Enforcing International Law and Norms against Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2004
- Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003
- Cassese, A., 'Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law' (2001) (12(5) *European Journal of International Law*, 993-1001,  
<http://www.ejil.org/pdfs/12/5/1558.pdf>
- Cassese, A., 'Means of Warfare: The Traditional and the New Law' in A. Cassese (Editor), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Roma, Editoriale Scientifica, 1979
- Centro de Noticias ONU, 'Gaza: Consejo de Derechos Humanos Pide Cese Inmediato de Operación Militar', 12 de enero de 2009,  
<http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=14513&criteria1=Palestina>
- CICR, Base de Datos, Primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 12 de agosto de 1949
- CICR, Base de Datos, Artículo 3 Común de las Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLRM>

CICR, Base de Datos, Segundo Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar', <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDKWC>

CICR, Case de Datos, Tercer Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra', <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/1FB1554798C43090C1256DE10053>

CICR, Base de Datos, 'Cuarto Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra' <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/iwpList103/AB1C1C7C1F0BA414C1256DE10053D111#2>

CICR, Base de Datos, 'Declaración de San Petersburgo de 1868 con el Objeto de Prohibir el Uso de Determinados proyectiles en Tiempo de Guerra', <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM2V>

CICR, Base de Datos, 'Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998 <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDM58>

CICR, Base de Datos, 'Estatuto del TIAY, Estatuto del Tribunal Internacional para Juzgar a los Presuntos Responsables de Graves Violaciones del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia a Partir de 1991', 25 de mayo de 1993, <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tdm74?opendocument>

CICR, Base de Datos, 'Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg', 31 de diciembre de 1950, [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TDMHE?OpenDocument&View=defaultBody&style=custo\\_print](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TDMHE?OpenDocument&View=defaultBody&style=custo_print)

CICR, Base de Datos, 'Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales', 8 de junio de 1977, <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-I>

CICR, Base de datos, 'Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional', 8 de junio de 1977 <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-II>

CICR, Base de Datos, 'Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre', La Haya, 18 de octubre de 1907, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5TDM39>

CICR, '¿Cuál es el Origen del Derecho Internacional Humanitario?' 1 enero de 2004 <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLJK>

CICR, 'Derecho Internacional Humanitario y Terrorismo: Respuestas a Preguntas Claves', Mayo 2004, <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5yyqg4?opendocument>

ICRC, 'Future Themes. Aim and scope of the Review' (2004) 853 International Review of the Red Cross, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/692jqm.htm>

CIJ, Caso Relativo a la Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos) (Méritos) (1986) 14, CIJ Rep. <http://www.icjij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=nus&case=70&k=66>

Clodfelter, M., *The Limits of Air Power. The American Bombing of North Vietnam*, The New York, Free Press, 1989

Colangelo, A., 'The New Universal Jurisdiction: In Absentia Signalling Over Clearly Defined Crimes' (2005) 36(2) *Georgetown Journal of International Law*, 737-603

Colombo, A., 'Asymmetrical Warfare or Asymmetrical Society? The Changing Form of War and the Collapse of International Society' in A. Gobbicchi (Editor), *Globalization, Armed Conflicts and Security*, Rome, Cernuschi-Rubbettino, 2004, 111-127

Comité contra el Terrorismo, 'Informe del Comité contra el Terrorismo al Consejo de Seguridad sobre la Implementación de la Resolución 1624', Consejo de Seguridad, Doc. S/2006/737, 2005  
<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2006/737>

Consejo de Europa, 'Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo', 27 de enero de 1977,  
<http://www.judicatura.com/Legislacion/1493.pdf>

Consejo de Europa, 'Líneas Directrices sobre los Derechos Humanos y Lucha contra el Terrorismo', Comité de Ministros del 11 de julio de 2002 en la 804ª de los Delegados de los Ministros, [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/h-inf\(2002\)8esp.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/h-inf(2002)8esp.pdf)

Consejo de Europa, 'Posición Común 2009/67/PESC del Consejo...sobre la Implementación de Medidas Específicas de Lucha contra el Terrorismo', Diario Oficial de la Unión Europea, de 26 de enero de 2009  
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:023:0037:0042:ES:PDF>

Consejo de Seguridad, 'Informe del Secretario General sobre la Protección de los Civiles en los Conflictos Armados', Doc. S/2007/643, 28 de octubre de 2007,  
<http://www.un.org/spanish/docs/report07/repl07.htm>

Consejo de Seguridad, 'Informe del Secretario General sobre la Protección de los Civiles en los Conflictos Armados', Doc. S/2001/331, 30 de marzo de 2001,  
<http://www.un.org/spanish/docs/report01/repl01.htm>

Consejo de Seguridad, Resolución S/Res/1973, referente a la situación en Libia, 17 de marzo de 2011, <http://www.un.org/es/documents/sc/#mainnav>

Consejo de Seguridad, Resolución S/RES/1624, referente al Informe del Comité contra el Terrorismo al Consejo de Seguridad sobre la Implementación de la Resolución, 14 de septiembre de 2005  
<http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/510/52/PDF/N0551052.pdf?OpenElement>

Consejo de Seguridad, Resolución S/RES/1617, referente a las amenazas a la paz y seguridad internacionales causadas por actos terroristas, 29 de julio de 2005,  
<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3834.pdf>

Consejo de Seguridad, Resolución S/RES/1566, referente a las amenazas a la paz y seguridad internacionales causadas por actos terroristas, 8 de octubre de 2004,  
<http://media.clubmadrid.org/docs/n0454285.pdf>

Consejo de Seguridad, Resolución S/Res/1466, referente a actos de terrorismo como actos criminales, 20 de enero de 2003, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3720.pdf>

Consejo de Seguridad, Resolución S/Res/1373, sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, 28 de septiembre de 2001, <http://www.un.org/spanish/docs/comites/1373/scres1373e.htm>

Consejo de Seguridad, Resolución S/Res/1368, sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, 12 de septiembre de 2001, [http://www.cinu.org.mx/multi/ter/documentos/s\\_res\\_1368sp.pdf](http://www.cinu.org.mx/multi/ter/documentos/s_res_1368sp.pdf).

Consejo de Seguridad, 'Resolución 664/90, referente a la invasión iraquí y anexión de Kuwait, 18 de agosto 1990, concerniente a la invasión iraquí a Kuwait, <http://daccessddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0576/25/IMG/NR057625.pdf?OpenElement>

Convención de Nueva York sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, 14 de diciembre de 1973 [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_4\\_1973.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_4_1973.pdf)

Covenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, UN Doc. A/CONF.39/27, 27 de febrero de 1980) <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html#PARTE II>

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 1 de noviembre 1981 <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1249.pdf>

Convenio Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo, 1999 <http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/spanish-18-11.pdf>

Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Aviación Civil, 23 de septiembre de 1971, 26 de enero de 1973 <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1628.pdf>

Convenio sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 12 de enero de 1951 [http://www.mjus.gba.gov.ar/legislacion/todos/normas\\_internacionales/convencion\\_sobre\\_la\\_preven\\_cion\\_y\\_la\\_sancion\\_del\\_delito\\_de\\_genocidio.pdf](http://www.mjus.gba.gov.ar/legislacion/todos/normas_internacionales/convencion_sobre_la_preven_cion_y_la_sancion_del_delito_de_genocidio.pdf)

Cornell Law School University, Legal Information Institute, '(USC) Annual Country Reports on Terrorism', 2010, [http://www.law.cornell.edu/uscode/uscode22/usc\\_sec\\_22\\_00002656---f000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/uscode22/usc_sec_22_00002656---f000-.html)

Corthésy, E. (Entrevista), 'Conflicto de las Islas Falkans/Malvinas: La Acción del CICR a Favor de los Prisioneros de Guerra' (2007) 29 International Committee of the Red Cross, <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/falklandmalvinas-interview-0407.htm>

Crawford, J. & Marks, S., 'The Global Democracy Deficit: An Essay on International Law and Its Limits' in D. Archibugi, et.al. (Editors), *Re-Imagining Political Community: Studies in Cosmopolitan Democracy*, Cambridge, Polity Press, 1998

Crawford, L., 'Unrepentant Peacekeepers Will Fire on Somali Human Shields', *Financial Times*, London, 11 September 1993

Cruz Prados, A., *La Razón de la Fuerza. Concepto y Justicia de la Guerra*, Madrid, Pearson Prentice Hall, 2004

Cruz Roja Española, Esquema General de las Normas de DIH, Convenio de La Haya de 1907, Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, 18 de octubre de 1907, [http://www.cruzroja.es/portal/page?\\_pageid=878,12647096&\\_dad=portal30&\\_schema=PORTAL30](http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647096&_dad=portal30&_schema=PORTAL30)

Cruz Roja Española, Esquema General de las Normas de DIH, Convención IX de La Haya Relativa al Bombardeo por las Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra [http://www.cruzroja.es/portal/page?\\_pageid=878,12647096&\\_dad=portal30&\\_schema=PORTAL30](http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647096&_dad=portal30&_schema=PORTAL30)

Cruz Roja Española, Esquema General de las Normas de DIH, Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Núremberg [http://www.cruzroja.es/portal/page?\\_pageid=878,12647096&\\_dad=portal30&\\_schema=PORTAL30](http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647096&_dad=portal30&_schema=PORTAL30)

Cryer, R., *et.al.*, *Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007

D'Argent, P., 'Terrorism and International Criminal Justice' on *Perspectives on International Criminal Justice*, Paper 2, Fletcher School of Law & Diplomacy, Tufts University, presented, Nov. 2008, <http://fletcher.tufts.edu/FILA/~media/Fletcher/Microsites/Fila/PDFs/FILADiscussionPaperNo0208.pdf>

David, S., 'Fatal Choices: Israel's Policy of Targeted Killing' (2002) 52 Middle East Security and Policy Studies, 1-28

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948 UNGA 217 A(III) <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

De Nevers, R., 'The Geneva Conventions and New Wars' (2006) 121(3) Political Science Quarterly, 369-395

Department of Defense, *Dictionary of Military and Associated Terms*, 15 de marzo de 2008, [http://www.dtic.mil/doctrine/dod\\_dictionary/](http://www.dtic.mil/doctrine/dod_dictionary/)

Dershowitz, A., 'The Hamas Government Has Declared War against Israel: How Should Israel Respond?', *The Washington Post*, 25 July 2006 [http://www.huffingtonpost.com/alan-dershowitz/the-hamas-government-has-\\_b\\_91630.html](http://www.huffingtonpost.com/alan-dershowitz/the-hamas-government-has-_b_91630.html)

*Deutsche Welle*, 'World Reacts to Israeli Strikes in Gaza', 27 December de 2008, <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,3905288,00.html>

Devoto, G. & Oli. G.C., *El Diccionario de la Lengua Italiana*, Florence, Le Monnier, 2005

Díaz-Barrado, M., 'The Definition of Terrorism and International Law' in P. A. Fernández-Sánchez (Editor), *International Legal Dimension of Terrorism*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009

Dinstein, Y., 'Collateral Damage and the Principle of Proportionality' in D. Wippman & M. Evangelista (Editors.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*, New York, Ardsley, 2005

Dinstein, Y., *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004

Dinstein, Y., *War, Aggression and Self-defense*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001

Dinstein, Y., 'Rules of War' in J. Krieger (Editor), *The Oxford Companion to Politics of the World*, Oxford, Oxford University Press, 1993

Divac Overg, M., 'The Absorption of Grave Breaches into War Crimes Law' (2009) 91(873) *International Review of the Red Cross*, 163-183, <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-873-divac-oberg.pdf>

Dixon, T.H., 'The Rise of Complex Terrorism' (2002) *Foreign Policy*, 52-63, [http://www.foreignpolicy.com/issue\\_janfeb\\_2002/homer-dixon.html](http://www.foreignpolicy.com/issue_janfeb_2002/homer-dixon.html)

Doménech Omedas, J.L., 'Estatuto y Trato de los Combatientes en Caso de Captura' en P. Valladares (Compilador), *Derecho Internacional Humanitario y Temas de Áreas Vinculadas*, Lecciones y Ensayos 78, Buenos Aires, Gabriel Lexis Nexis Abeledo Perrot, 133-164 [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/63KKZX/\\$File/05\\_domenech.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/63KKZX/$File/05_domenech.pdf)

Doménech Omedas, J.L., 'La Protección de la Población Civil Ante el Uso de Determinadas Armas Pequeñas: Minas, Residuos Explosivos y Armas Portátiles y Ligeras' en J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario Ante los Retos de los Conflictos Actuales*, Barcelona, Marcia Pons, 2006

Dörmann, K., 'Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court', (2003) 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 341-407 [http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/doermann\\_7.pdf](http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/doermann_7.pdf)

Doswald-Beck, L., 'The Value of the 1977 Geneva Protocols for the Protection of Civilians' in M.A. Meyer (Editor), *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, London, British Institute of International and Comparative Law, 1989

Douhet, G., *The Command of the Air*, London, Faber & Faber Ltd., 1943

Draft Comprehensive Convention against International Terrorism, UN Doc. A/59/894

Drury, I., 'Mission Aborted on Orders of SAS: RAF Attack is Halted after Troops Spot Human Shields', *Mail Online*, 24 de marzo de 2011, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1368626/Libya-RAF-abort-attack-SAS-spot-Gaddafi-using-human-shields.html>

Duffy, H., *The War on Terror and the Framework of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005

Dunlap, C., 'Preliminary Observations: Asymmetric Warfare and the Western Mindset' in L.J. Mathews (Editor), *Challenging the United States Symmetrically and Asymmetrically: Can America Be Defeated?*, Strategic Studies Institute, Army War College, 1998, <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?pubid=230>

Earlich, R., *Hezbollah's Use of Lebanese Civilians as Human Shields: The Extensive Military Infrastructure Positioned and Hidden in Populated Areas. From Within Lebanese Towns and Villages Deliberate Rockets Attacks Were Directed Against Civilians Targets in Israel*, Intelligence and Terrorism Information Center at the Center for Special Studies, November 2005 [http://www.terrorisminfo.org.il/malam\\_multimedia/English/eng\\_n/html/human\\_shields.htm](http://www.terrorisminfo.org.il/malam_multimedia/English/eng_n/html/human_shields.htm)

Echevarría II, A.J., *Globalisation and the Nature of War*, Strategic Studies Institute, USA Army War College, 2003, <http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?pubID=215>

Ellis, J., *Brute Force: Allied Strategy and Tactics in the Second World War*, New York, Vinking, 1990

*El Mundo*, 'Conmoción Mundial ante el Ataque Israelí a la Flotilla Humanitaria', 31 de mayo de 2010 <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/05/31/internacional/1275304434.html>

Escuela de Cultura y Paz, Programa de Conflictos y Construcción de Paz, Universidad Autónoma de Barcelona, 'Barómetro 18', julio-septiembre de 2008, [http://escolapau.uab.cat/index.php?option=com\\_content&view=article&id=114%3Abarometro&catid=59%3Abarometro-&Itemid=88&lang=es](http://escolapau.uab.cat/index.php?option=com_content&view=article&id=114%3Abarometro&catid=59%3Abarometro-&Itemid=88&lang=es)

*Europa Press*: 'HRW Acusa al Ejército Israelí de Violar al Derecho Humanitario Internacional', Madrid, 16 de enero de 2009 <http://www.europapress.es>

Exum, A., 'Hizbollah at War, A Military Assessment', Policy Focus No. 63, The Washington Institute for Near East Policy, December 2006 [www.washingtoninstitute.org](http://www.washingtoninstitute.org).

Fellmeth, A.X., 'Questioning Civilian Immunity' (2008) (43) *Texas International Law Journal*, 453-497, 2008 <http://www.tilj.org/journal/43/fellmeth/>

Fenrick, W., 'The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities', (2007) 5(2) *Journal of International Criminal Justice*, 332-338

Fernández Sánchez, P.A., 'El Traslado Forzoso de la Población Durante los Conflictos Armados' en C. Ramón Chornet (Editor), *Uso de la Fuerza y Protección de los Derechos Humanos en un Nuevo Orden Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006

Fletcher, G.P., 'Hamdan Confronts The Military Commissions Act of 2006' (2007) 26 *Columbia Journal of Transnational Law*, 427-467

Fenrick, W., 'Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia' (2001) 12(3) *European Journal of International Law*, 489-502, <http://www.ejil.org/pdfs/12/3/1529.pdf>

Fenrick, W., 'Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offense' (1997) 7 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 539-569, <http://www.law.duke.edu/journals/djcil/>

- Fenrick, J., 'The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare' (1982) 98 *Military Review*, 91-127
- Freedman, L.F., 'The Third World War?' (2001) 43(4) *Survival*, 61-88
- Fisher, D.F., 'Human Shields, Homicides and House Fires: How a Domestic Law Analogy Can Guide International Law regarding Human Shield Tactics in Armed Conflicts' (2007) 57(2) *American University Law Review*, 479-522  
<http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/57/fischer.pdf?rd=1>
- Fisher, L.: *Military Tribunals: The Quirin Precedent*, Congressional Research Service, " 26 March 2002 <http://www.fas.org/irp/crs/RL31340.pdf>
- Fiss, M.O., 'La Guerra Contra el Terrorismo y el Estado de Derecho', (2006) 26(2) *Oxford Journal of Legal Studies*, 235-256,
- Forsyth, M., 'Finesse: A Short History of War' (2004) *Military Review*,  
[http://findarticles.com/p/articles/mi\\_m0PBZ/is\\_4\\_84/?tag=content;coll](http://findarticles.com/p/articles/mi_m0PBZ/is_4_84/?tag=content;coll)
- Frank, T.M. & Lockwood, B., 'Preliminary Thoughts towards an International Convention on Terrorism' (1974) 68(1) *American Journal of International Law*, 69-90
- Fukuyama, F., *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992
- Fundación Ideas para la Paz, 'Recalibrating Extradition: Colombia's Supreme Court Takes a Step in the Right Direction', Research Series: *Use and Abuse of Extradition in the War on Drugs*, Policy Brief Number 3, 20 August 2009,  
[http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/policy\\_brief/policy\\_brief\\_3\\_ingles.pdf](http://www.ideaspaz.org/secciones/publicaciones/policy_brief/policy_brief_3_ingles.pdf)
- Galli, C., *Guerra*, Laterza, Roma-Bari, 2004
- Gardam, J.G., *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004
- Gardam, J.G.: 'Necessity and Proportionality in Jus ad Bellum and Jus in Bello, in L. Boisson de Chazournes & P. Sands (Editors), *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999
- Gardam, J.G.: 'Proportionality and Force in International Law' (1993) 87(3) *American Journal of International Law*, 391-413
- GA Res. 51/210 of 17 December 1996, Measures to Eliminate International Terrorism,  
 UN Doc. A/RES/51/210 <http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r210.htm>
- Gasser, H.P.: 'International Humanitarian Law: An Introduction' in H. Haug (Editor) *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, Berne, Paul Haupt Publishers, 510-511
- Gasser, H.P., 'A Measure of Humanity in Internal Disturbances and Tensions: Proposal for a Code of Conduct' (1988) 262 *International Review of the Red Cross*, 38-58.
- Geiss, R., 'La Estructura de los Conflictos Armados' (2006) 864 *International Review of the Red Cross*, 1-24 [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/776mef/\\$File/irrc\\_864\\_Geiss.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/776mef/$File/irrc_864_Geiss.pdf)



- Géré, C., *Los Voluntarios de la Muerte: El Arma del Suicidio*, Paris, Bayard, 2003
- Giles-Carnero, R., 'Terrorists Acts as Threats to International Peace and Security' in P. Antonio Fernández-Sánchez (Editor), *International Legal Dimension of Terrorism*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009
- Gillory, M.E., 'Civilianizing the Force: Is the United States Crossing the Rubicon?' (2001) 51 Air Force Law Review, 111-143,  
<http://www.thefreelibrary.com/Civilianizing+the+force:+is+the+United+States+crossing+the+Rubicon%3F-a092044661>
- Glennon, M., 'Why the Security Council Failed' (2003) 82(3) Foreign Affairs, 16-35
- Global Security, 'Report on the Policy Working Group on the United Nations and Terrorism', 2002  
<http://www.globalsecurity.org/security/library/report/2002/un-wrkng-grp-terrorism-dissuasion.htm>
- Goulding, V.J., 'Back to the Future with Asymmetric Warfare' (2000) 30(4) Parameters, 21-30  
<http://www.carlisle.army.mil/usawc/Parameters/ArticleIndex.cfm#index2000>
- Graditzky, T., 'La Responsabilidad Penal por Violación del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en Situación de Conflicto Armado No Internacional' (1998) 145 Revista Internacional de la Cruz Roja, 31-61  
<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlkb.htm>
- Grange, D., 'Asymmetric Warfare: Old Method, New Concern' (2000) National Strategy Forum Review, [http://blackboard.jfsc.ndu.edu/html/jfscPublications/assets/docs/cam\\_grange.pdf](http://blackboard.jfsc.ndu.edu/html/jfscPublications/assets/docs/cam_grange.pdf)
- Grant, R., 'In Search of Lawful Targets' (2003) 86(2) Air Force Magazine  
<http://www.airforcemagazine.com/MagazineArchive/Documents/2003/February%202003/02targets03.pdf>
- Gray, C., 'How Has War Changed Since the End of the Cold War?' (2005) 25 Parameters, 14-26  
<http://www.carlisle.army.mil/usawc/Parameters/ArticleIndex.cfm>
- Gray, C., 'Thinking Asymmetrically in Times of Terror' (2002) 27(1) Parameters,  
<http://www.carlisle.army.mil/usawc/Parameters/ArticleIndex.cfm#index2005>
- Gray, C., *Modern Strategy*, Oxford, Oxford University Press, 1999
- Gray, C., *Postmodern War: The New Politics of Conflict*, London, Routledge, 1997
- Green, L., *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester, Manchester University Press, 2000
- Greenwood, C., 'The Applicability of International Humanitarian Law and the Law of Neutrality to the Kosovo Campaign' (2000) 31 Israel Yearbook on Human Rights, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 111-144
- Greenwood, C., 'The Law of Weaponry at the Start of the New Millennium' in M.N.Schmitt, & L. Green (Editors), *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium* Vol. 7, Newport, USA Naval War College, 1998

Greenwood, C., 'Customary International Law and the First Geneva Protocol of 1977 in the Gulf Conflict' in P. Rowe (Editor), *The Gulf War 1990-91 in International and National Law*, London, Routledge, 1993

Greenwood, C., 'Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols' in J.M. Delissen & G.J. Tanja (Editors), *Humanitarian Law of Armed Conflicts: Challenges Ahead. Essays in Honour of F. Kalshoven*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991

Greenwood, C., 'Self-Defense and the Conduct of International Armed Conflict' in Y. Dinstein (Editor), *International Law at the Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989

Greppi, E., 'The Evolution of Individual Criminal Responsibility Under International Law', (1999) 81(835) *International Review of the Red Cross*, 531-553,  
<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQ2X>

Griset, P. & Mahan, S., *Terrorism in Perspective*, London, Sage Publications, 2003

Gross, E., 'Use of Civilians as Human Shields: What Legal and Moral Restrictions Pertain to a War Waged by a Democratic State against Terrorism' (2000) 16 *Emory International Law Review*, 445-493

Gross, M.L., 'Asymmetric War, Symmetrical Intentions: Killing Civilians in Modern Armed Conflict' (2009) 10(4) *Global Crime*, 320-336

Gross, M.L., 'Killing Civilians Intentionally: Double Effect, Reprisal and Necessity in the Middle East', (2005) 120(4) *Political Science Quarterly*, 555-579,  
[http://www.psqonline.org/?redir=/99\\_article.php3%3Fbyear%3D2005%26bmonth%3Dwinter%26a%3D01free](http://www.psqonline.org/?redir=/99_article.php3%3Fbyear%3D2005%26bmonth%3Dwinter%26a%3D01free)

Gutiérrez Espada, C., 'La Regulación del Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales y la Actuación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas' en C. Ramón Charnet (Editor), *Uso de la Fuerza y Protección de los Derechos Humanos en un Nuevo Orden Internacional*, Valencia, PUV, 2006

Gutiérrez Espada, C., *El Estado de Necesidad y el Uso de la Fuerza en el Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1987

Halberstam, H., 'Panel Discussion: Association of American Law Schools Panel on the International Criminal Court', (1999) (36)(2) *American Criminal Law Review*

Hanson, V.D., *A War like No Other: How the Athenians and Spartans Fought the Peloponnesian War*, New York, Random House, 2005

Hampson, F.J., 'Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf' in P. Rowe (Editor), *The Gulf War 1990-91 in International and National Law*, London, Routledge, 1993

Harrison, J.C., 'Attracting the World's Policemen to Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions', (2003) 12 *US Air Force Academy Journal of Legal Studies*, 103-137

Hartigan, R., 'Noncombatant Immunity: Reflexion on its Origins and Present Status', (1997) (29)(2) *Review Politics*, 204-220

Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 'New Areas of Research', 2004 <http://www.hpcrresearch.org/events/second-informal-high-level-expert-meeting-current-challenges-ihl>

Hass, J., 'Voluntary human Shields: Status and Protection under International Humanitarian Law' in R. Arnold & P-A Hildbrand (Editors), *International Humanitarian Law and the 21st Century Conflicts: Changes and Challenges*, Laussane, Editions Interuniversitaires Suisses, 2005

Hays Parks, W., 'Air War and the Law of War', (1990) 32(1) *Air Force Law Review*, 1-271

Held, D., *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1995

Henckaerts, J.M. & Doswald-Beck, L., *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: Rules, Cambridge, Cambridge University Press, 2009  
<http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>

Henckaerts, J.M., 'Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict' (2005) 87(857) *International Review of the Red Cross*, 176-212 [http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc\\_002\\_0860.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0860.pdf)

Herman, P., 'Asymmetric Warfare: Seizing the Threat' (1997) 6(1) *Law Intensity Conflict and the Law Enforcement*, 176-183

Henkin, L., *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, New York, Praeger, 1968

Higgins, R., 'The General International Law of Terrorism' in R. Higgins & M.Flory (Editors), *International Law and Terrorism*, London, Routledge, 1997

Holland, J., 'Military Objectives and Collateral Damage: Their Relationship and Dynamics' in T. McCormack & A. McDonald, (2004) 7 *Yearbook of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 35-78

Hoffman, B., *Inside Terrorism*, New York, Columbia University Press, 2006

Holsti, K.J., *Peace and War: Armed Conflicts and International Order 1648-1989*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991

Holsti, K.J., *The State, War, and the State of War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000

Hoye, W.P., 'Fighting Fire with...Mire? Civil Remedies and the New War on State-Sponsored Terrorism', (2002) 12 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 105-152,  
<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1190&context=djcil>

HRW, 'International Humanitarian Law Issues in a Potential War in Iraq', Human Rights Briefing Paper, New York, 20 February 2003, <http://www.hrw.org/backgrounders/arms/iraq0202003.htm#1>

HRW, 'Civilian Deaths in the NATO Air Campaign', 2000 <http://www.hrw.org/reports/2000/nato/>

ICJ, *Case Concerning Oil Platforms (Iran v. United States)* (Judgement) (6 November 2003)  
<http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9715.pdf>

ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons 1996*, Rosalyn Higgins, Dissenting Opinion of Judge Higgins <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7525.pdf>

ICRC 'Derecho Internacional Humanitario y Terrorismo: Respuestas a Preguntas Clave', 2004,  
<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/faq/5yyqg4.htm>

ICRC, 'International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts', 30th International Conference of the Red Cross a Red Crescent, Geneva, 26-30 November 2007,  
<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/ihl-30-international-conference-101207.htm>

ICRC, 'International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts' (2007) 89(867) *International Review of the Red Cross*, 719-757  
<http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-867-ihl-challenges.pdf>

ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25, 15 March 2002, para. 54  
[http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/acjug/en/030917\\_summary\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/cases/krnjelac/acjug/en/030917_summary_en.pdf)  
[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud\\_supplement/supp45-e/krnjelac.htm](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/jud_supplement/supp45-e/krnjelac.htm)

ICTY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 June 2000  
[http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp\\_report\\_nato\\_bombing\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf)

ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case ICTR IT-94-1 (Opinion and Judgement) (7 May 1997), para. 616 <http://www.icty.org/sections/TheCases/JudgementList#1997>  
<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>

Independent Police Complaints Commission (United Kingdom), 'An Investigation into Complaints about the Metropolitan Police Service's Handling of Public Statements following the Shooting of the Jean Charles de Menezes on 22 of July 2005',  
[http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/02\\_08\\_07\\_ipcc\\_stockwell.pdf](http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/02_08_07_ipcc_stockwell.pdf)

Intelligence and Terrorism Information Center at the Israeli Intelligence Heritage & Commemoration Center, 'Civilians as Human Shields: Additional Evidence from Various Sources Demonstrating the Use Made by Hamas of Civilian Houses for Military Purposes during Operation Cast Lead', File 5, 18 February 2009  
[http://www.terrorisminfo.org.il/malam\\_multimedia/English/eng\\_n/html/hamas\\_e062.htm](http://www.terrorisminfo.org.il/malam_multimedia/English/eng_n/html/hamas_e062.htm)

Intelligence and Terrorism Information Center at the Israeli Intelligence Heritage & Commemoration Center, 'Israeli Air Force Film Clips and IDF Spokesman Pictures Show Use the Hamas Made of a School for Military Purposes during Operation Cast Lead', File No. 4, 16 February 2009  
[http://www.terrorisminfo.org.il/malam\\_multimedia/English/eng\\_n/html/hamas\\_e060.htm](http://www.terrorisminfo.org.il/malam_multimedia/English/eng_n/html/hamas_e060.htm)

Intelligence and Terrorism Information Center at the Israel Intelligence Heritage and Commemoration Centre, 'Hamas Exploitation of Civilians as Human Shields', January 2009,  
[http://www.terrorisminfo.org.il/malam\\_multimedia/English/eng\\_n/pdf/hamas\\_e028.pdf](http://www.terrorisminfo.org.il/malam_multimedia/English/eng_n/pdf/hamas_e028.pdf)

International Commission of Inquiry on Darfur, 'Report to the Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, Geneva, 25 July 2005',  
[http://www.un.org/News/dh/sudan/com\\_inq\\_darfur.pdf](http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf)

International Law Commission, 'Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with Commentaries', 1996,  
[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7\\_4\\_1996.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf)

International Law Commission, Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (Part I and II)', 1994, <http://www.un.org/law/ilc/>

Irani, G.E., *Irregular Warfare and Non-State Combatants: Israel and Hezbollah*, Madrid Toledo International Centre for Peace, 2007, <http://www.comw.org/rma/fulltext/0710irani.pdf>

Jacobs, W.A., 'The British Strategic Air Offensive against Germany in World War II' in R. Cargill Hall, *et. al.*, (Editor), *Case Studies in Strategic Bombing*, Washington, D.C., US Air Force History and Museums Program, 1998,  
[http://www.airforcehistory.hq.af.mil/Publications/fulltext/case\\_studies\\_strategic\\_bombardment.pdf](http://www.airforcehistory.hq.af.mil/Publications/fulltext/case_studies_strategic_bombardment.pdf)

Johnson, T.J., *Just War Tradition and the Restraint of War: A National and Historical Inquiry*, Oxford, Oxford University Press, 1981

Jones, A., *The Art of War in the Western World*, Illinois, University of Illinois Press, 1987

Jorge Urbina, J., *Protección de la Víctimas de los Conflictos Armados, Naciones Unidas y Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000

Judgements of the Israel Supreme Court, Fighting Terrorism within the Law: HCJ/02 The Public Committee against Torture in Israel vs. Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment, 11 December 2005,  
<http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/englishverdictssearch.aspx>

Junod, S., *La Protección de las Víctimas del Conflicto Armado de las Islas Falkland-Malvinas* (1982), CICR, 1 de septiembre 1990, <http://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/junod-malvinas-reciclado2012.pdf>

Kaldor, M., *New and Old Wars: Organised Violence in a Global Era*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001

Kalshoven, F., 'Reprisal' *Crimes of War Project*, 2011 <http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/reprisal/>

Kalshoven, F., 'Implementing Limitations on the Use of Force: The Doctrine of Proportionality and Necessity. Remarks by Kalshoven', *ASIL Proceedings of the Annual Meeting*, Vol. 86, 1992, pp. 39-45

Kalshoven, F., 'Grotius' Just in Bello with Special Reference to Rules of War and Perfidy' in A. Dufour, *Grotius et L'ordre Juridique International: Travaux du Colloque Hugo Grotius*, Geneva, Payot, 1985

Kalshoven, F., 'Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts: The Diplomatic Conference, Geneva, 1974-1977, Part II', (1978) 9 *Netherlands Yearbook of International Law*, 101-135

- Kalshoven, F. & Zegveld, L., *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 2001  
[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc\\_002\\_0793.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0793.pdf)
- Keaney, T & Cohen, E., *Revolution in Warfare? Air Power in the Persian Gulf*, Annapolis, Annapolis, Naval Institute Press, 1995
- Keegan, J., *A History of Warfare*, London, Pimlico, 1995
- Kennedy, D., *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos, 1987
- Kenneth Roth, 'Organisation of the Islamic Conference: Improve and Strengthen the 1999 OIC Convention on Combating International Terrorism', HRW, 11 March 2008,  
<http://www.hrw.org/en/news/2008/03/10/letter-secretary-general-organisation-islamic-conference>
- Keyuan, Z., 'International Criminal Practice' (2005) 15(3) Criminal Law Forum, 345-348
- Kleffner, J. K., 'From 'Belligerents' to 'Fighters' and Civilians Directly Participating in the Hostilities- the Principle of Distinction in Non-International Armed Conflicts One Hundred Years After the Second Hague Peace Conference' (2007) 54(2) Netherlands International Law Review, 315-336
- Knoops, A., 'The Duality of the Proportionality Principle within Asymmetric Warfare and Ensuing Superior Criminal Responsibilities' (2010) 9 International Criminal Law Review, 501-529
- Knox, M. & Murray W., *The Dynamics of the Military Revolution, 1300-2050*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001
- Kotzsch, L., *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, Geneva, Librairie E. Droz, 1956
- Krasner, S., 'Compromising Westphalia' (1995) 20(20) International Security, 115-151
- Krentz, P., 'Deception in Archaic and Classical Greek Warfare' in H. Wees (Editor), *War and Violence in Ancient Greece*, London, Duckworth, 2000, 167-200
- Kretzmer, D., 'Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence' (2007) 16(2) European Journal of International Law, 171-212  
<http://207.57.19.226/journal/Vol16/No2/art1.pdf>
- Kwakwa, E., *International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, London, Kluwer Academic Publishers, 1992
- Lambakis, S., 'Reconsidering Asymmetric Warfare', (2004) 36 Joint Force Quarterly, 102-108  
<http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA430420&Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf>
- Lambakis, S., *et.al.*, 'Understanding "Asymmetric" Threats to the United States' USA National Institute for Public Policy, 2002 ,1-84 <http://www.missilethreat.com/repository/doclib/20021000-NIPP-asymmetricthreats.pdf>

- Lambeth, B.S., *NATO's Air War for Kosovo: A Strategic and Operational Assessment*, Santa Monica, Rand, 2001
- Laqueur, W., *The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction*, New York, Oxford University Press, 1999
- Laqueur, W., *The Age of Terrorism*, Little, Boston, Brown and Company, 1987
- Laursen, A., 'NATO, the War over Kosovo, and the ICTY Investigation' (2002) *American University International Law Review*, 765-814, <http://www.wcl.american.edu/journal/ilr/17/laursen.pdf?rd=1>
- Lauterpacht, H., 'The Problem of the Revision of the Law of War' (1952) *British Journal of International Law*, 360-389
- Leebaert, D., *To Dare and to Conquer: Special Operations and the Destiny of Nations, from Achilles to Al Qaeda*, New York, Little Brown & Company, 2006
- Lewis, M.W., 'The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War' (2003) *American Journal of International Law*, 481-509 <http://www.asil.org/ajil/lewis.pdf>
- Lian Q. & Xiangsui, W., *People's Liberation Army of China, Unrestricted Warfare: China's Master Plan to Destroy America*, Panama City, Pan American Publishing Company, 2002
- Liwellyn, K.N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown & Company 1960
- Lonsdale, D.J., *The Future of War in the Information Age: Clausewitzian Future*, London, Routledge, 2003
- Luck, E., *et. al.*, 'Staying Alive: The Rumors of the UN's Death have been Exaggerated' (2003) *Foreign Affairs*, 82(4), <http://www.foreignaffairs.com/articles/59012/edward-c-luck-et-al/stayin-alive-the-rumors-of-the-uns-death-have-been-exaggerated?page=show>
- Macedo, S. (Editor), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2003
- McDonal, A., 'Defining the War on Terror and Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich', *International Committee of the Red Cross*, 2002, <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/5P8AVK>
- Lymerick, S.R., 'The International Red Cross and Red Crescent Movement' (1991) *Journal of the Royal College of Physicians of London*, London, 246-251
- Mackinlay, J., 'Defeating Complex Insurgency: Beyond Iraq and Afghanistan' *Whitehall Paper No. 64*, London, Royal United Services Institute for Defense and Security Studies, 2006, 1-146
- Madelbaum, M., *The Case for Goliath: How America Acts as the World's Government in the 20st Century*, New York, Public Affairs, 2006
- Malanczuk, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London, Routledge, 2004

Malinowski, T & Clarke, R., 'Restoring Moral Authority: Ending Torture, Secret Detention, and the Prison at Guantanamo Bay' (2008) 618(1) *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 148-159

Mangas Martín, A., *Conflictos Armados Internos y Derecho Internacional Humanitario*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999

Marine Corps Doctrinal Publication 1, 'Warfighting', Marine Corps, Washington, D.C., 1997, [http://www.dtic.mil/doctrine/jel/service\\_pubs/mcdp1.pdf](http://www.dtic.mil/doctrine/jel/service_pubs/mcdp1.pdf)

Matheson, M.J., 'Session One: The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions', (1987) 2 *American Journal of International Law and Politics*, 419-431

McCarthy, R., ' Hamas Accused of War Crimes in Gaza ', *The Guardian*, 23 March 2009 <http://www.guardian.co.uk/world/2009/mar/23/gaza-war-crimes-hamas>

McKenzie, K., 'The Revenge of the Melians: Asymmetric Threats and the Next QDR', MacNair Paper No. 62, Institute for National Strategic Studies, National Defense University, 2002 <http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ndu/mcnair62.pdf>

McKeog, C.: *Innocent Civilians: The Morality of Killing in War*, London, Macmillan, Palgrave, 2002

McNeill, J.H., 'Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, sobre la Licitud del Empleo de Armas Nucleares' (1997) 22(139) *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 109-124, 31 <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDLDA>

Mearsheimer, J., 'Back to the Future: Instability in Europe after the Cold War' (1990) 15(1) *International Security*, 5-56 <http://johnmearsheimer.uchicago.edu/pdfs/A0017.pdf>

Medenica, O., 'Protocol I and Operation Allied Force: Did NATO Abide by Principles of Proportionality?' (2001) 23(3) *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 329-426 <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol23/iss3/>

Meigs, M.C., 'Unorthodox Thoughts about Asymmetric Warfare', (2003) 33(2) *Parameters*, 4-18 <http://www.carlisle.army.mil/USAWC/Parameters/Articles/03summer/meigs.pdf>

Meltzer, N., *Targeted Killings in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008

Meron, T., 'Customary Law, *Crimes of War*, 2007, <http://www.crimesofwar.org/a-z-guide/customary-law/>

Merom, G., *How Democracies Lose Small Wars: State, Society, and Failures of France in Algeria, Israel in Lebanon, and the United States in Vietnam*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003

Meron, T., 'International Criminalization of Internal Atrocities', (1995) 89(3) *American Journal of International Law*, 554-577

Meron, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford University Press, Oxford, 1989



- Meron, T., 'The Humanization of Humanitarian Law' (2000) 94(2) American Journal of International Law, 239-278
- Metz, S., 'Asymmetric Warfare and the Future of the West' (2003) 1 Politique Etrangère, 25-40, [http://www.ifri.org/files/politique\\_etrangere/PE\\_1\\_2003\\_METZ\\_ENG.pdf](http://www.ifri.org/files/politique_etrangere/PE_1_2003_METZ_ENG.pdf)
- Mink, C.M., 'General Order 11: The Forced Evaluation of Civilians during the Civil War', *Military Affairs*, Vol. 34, No. 4, 1970, pp. 132-137
- Moir, L., *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002
- Moreillon, J., 'El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos' en J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario Ante los Retos de los Conflictos Armados Actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2006
- Moreillon, J., 'Contemporary Challenges to Humanitarian Law' (1987) 24(3) Journal of Peace Research, 215-218
- Moreno Ocampo, L., Carta concerniente a la situación en Iraq, La Haya, 9 de febrero de 2006, CIP, [http://www.icccpi.int/iccdocs/asp\\_docs/library/organs/otp/OTP\\_letter\\_to\\_senders\\_re\\_Iraq\\_9\\_February\\_2006.pdf](http://www.icccpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf)
- Morris, M.D., 'Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks' (2001) 35(2) New England Law Review, 337-361  
[http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1846&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1846&context=faculty_scholarship)
- Mueller, J. & Mueller, K., 'Sanctions of Mass Destruction (1999) 78 Foreign Affairs, 43-53
- Münkler, H.N., 'Las Guerras del Siglo XXI', (2003) (839) International Review of the Red Cross <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TEDFY>
- Murawiec, L., *La Guerra au XXI Siecle*, Paris, Odile Jacob, 2000
- Myre, G., 'Offering Video, Israel Answers Critics on War', *The New York Times*, New York, 5 December 2006, <http://www.nytimes.com/2006/12/05/world/middleeast/05mideast.html>
- Normand, R. & Jochnick, C., 'The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War' (1994) 35 Harvard International Law Journal, 387-416
- Noticias Jurídicas*, 'Código Penal Militar Español', 9 de diciembre de 1985, [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo13-1985.l2t2.html#](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo13-1985.l2t2.html#)
- Nye, J., 'The Changing Nature of the World Power, (1990) 105(2) Political Science Quarterly, 177-192
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism', Fact Sheet No. 32, July 2008, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32EN.pdf>
- OIC, Convention to Combat Terrorism, 1999, <http://www.oicun.org/7/38/>

- O'Donovan, O., *The Just War Revisited*, New York, Cambridge University Press, 2003
- Oeter, S., 'Comment: Is the Principle of Distinction Outdated?' in W. Heintschel von Heinegg & Epping, Volker, E. (Editors), *International Humanitarian Law Facing New Challenges, Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Berlin, Springer, 2006
- Olásolo Alonso, H., *Ataques Contra Personas o Bienes Civiles Desproporcionados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007
- ONU, 'Estados Miembros, Press Release ORG/1469 of 3 July 2006  
<http://www.un.org/en/members/index.shtml>
- ONU, Informe del Secretario General para la Protección de Civiles en Conflictos Armados, Doc. S/2007/643, 28 de octubre de 2007, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/573/61/PDF/N0757361.pdf?OpenElement>
- ONU, Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre la Protección de los Civiles en los Conflictos Armados, Doc. S/2001/331, 30 de marzo de 2001, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/300/33/PDF/N0130033.pdf?OpenElement>
- Ould Mohamedou, M-M., 'Non-Linearity of Engagement: Transnational Armed Groups, International Law, and the Conflict between Al Qaeda and the United States', International Humanitarian Law Research Initiative on the Reaffirmation and Development of IHL, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2005  
<http://www.hpcrresearch.org/research/international-humanitarian-law-research-initiative>
- Overy, R., *The Air War 1939-1945*, London, Potomac Books Inc., 2005
- Owen, J.M., 'How Liberalism Produces Democratic Peace' (1994) 19(2) International Security, 87-125 <http://www.olivialau.org/ir/archive/owen1.pdf>
- Pagden, A. & Lawrence, J. (Editors), *Vitoria Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001
- Pape, R., 'Coercive Air Power in the Vietnam War' (1990) 15(2) International Security, 103-146
- Pastor Ridruejo, J.A., 'Terrorism and the European Court of Human Rights' in P. A. Fernández-Sánchez (Editor), *International Legal Dimension of Terrorism*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009
- Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2007
- Pastor Ridruejo, J.A., 'On the Relationship between Ius in Bello and Ius ad Bellum. Can a Notion of International Humanitarian Law to Influence the Determination of the Legality of the Use of Force?' in P.A. Fernández-Sánchez (Editor), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts. In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2005
- Paust, J.J., 'There is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11<sup>th</sup>', ASIL Task Force on Terrorism, November 2002, <http://www.asil.org/taskforce/paust.pdf>

Pérez González, M., 'Terrorismo y Conflictos Armados. La Prohibición de los Actos Terroristas por el Derecho Internacional Humanitario', Cuadernos de Estrategia 133, Instituto Español de Estudios Estratégicos, *La Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional*, 2006, <http://www.ieee.es/publicaciones/cuadernos-estrategia/cuadernos/cuaderno-133.html>

Pérez González, M., 'La Legítima Defensa Puesta en su Sitio: Observaciones Críticas Sobre la Doctrina Bush de la Acción Preventiva' (2003) 55(1) *Revista Española de Derecho Internacional*, 187-204

Permanent Court of International Justice, *France v Turkey: The Case de S.S. Lotus*, 7 September 1927, [http://worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927/1927.09.07\\_lotus.htm](http://worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927/1927.09.07_lotus.htm)

Petit de Gabriel, E., '¿El Derecho Internacional Público: Necesidad u Utopía?' en A.J. Rodríguez Carrión & E. Pérez Vera, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor José Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005

Pfanner, T., 'La Guerra Asimétrica Desde la Perspectiva de la Acción y el Derecho Humanitarios' (2005) 857 *International Review of the Red Cross*, 149-174 <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6E3LH8>

Pfanner, T., 'Military Uniform and the Law of War' (2004) 86(835) *International Review of the Red Cross*, 93-124 [http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_853\\_pfanner.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_853_pfanner.pdf)

Philippe, X., 'Los Principios de Jurisdicción Universal y Complementariedad: su Interconexión' (2006) 862 *International Review of the Red Cross*, [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckzy/\\$File/irrc\\_862\\_Philippe.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6yckzy/$File/irrc_862_Philippe.pdf)

Pictet, J., *Development and Principles of International Humanitarian Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1985

Pictet, J. (Editor), *Commentary on the First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1952

Pignatelli y Meca, F., 'El Terrorismo Como Crimen de Lesa Humanidad y Crimen de Guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional', Cuadernos de Estrategia 133, Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional*, 2006 [http://www.portalcultura.mde.es/Galerias/publicaciones/fichero/CE\\_133.pdf](http://www.portalcultura.mde.es/Galerias/publicaciones/fichero/CE_133.pdf)

Pigrau, Solé, A., 'El Empleo de las Armas Nucleares Ante el Derecho Internacional Humanitario' en J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario Ante los Retos de los Conflictos Armados Actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2006

Pillar, P.R., *Terrorism and USA Foreign Policy*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 2001

Plachta, M., 'The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare' (2001) 12 *European Journal of International Law*, 125-140, <http://www.ejil.org/pdfs/12/1/499.pdf>

- Plant, J.T., 'Symmetric Warfare: Slogan or Reality?' (2008) 18(1) *Defense and Strategy*  
<http://www.defenceandstrategy.eu/cs/aktualni-cislo-1-2008/clanky/asymmetric-warfare-slogan-or-reality.html>
- Plattner, D., 'The Penal Repressions of Violations of International humanitarian Law Applicable in Non-international Armed Conflicts' (1990) 30(278) *International Review of the Red Cross*, 409-420
- Pons Rafols, X., 'Revisitando a Martens: Las Normas Básicas de Humanidad en la Comisión de Derechos de Derechos Humanos' en M. Vargas Gómez-Urrutia & A. Salinas de Frías (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005
- Primoratz, I., *Civilian Immunity in War*, Oxford University Press, 2007
- Primmerman, C.A., 'Thoughts on the Meaning of "Asymmetric Threats"', Lexington, Lincoln Laboratory Massachusetts Institute of Technology, 2008, <http://www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?Location=U2&doc=GetTRDoc.pdf&AD=ADA444192>
- Pueyo Losa, J., 'El Principio de Jurisdicción Universal y el Estatuto de la Corte Penal Internacional' en J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario Ante los Retos de los Conflictos Armados Actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2006
- Pyle, C.H., *Extradition, Politics and Human Rights*, Philadelphia Temple University Press, 2002
- Quéguiner, J-F., 'Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities' (2006) 88(864) *International Review of the Red Cross*, 793-821  
[http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_864\\_queguiner.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_864_queguiner.pdf)
- Quéguiner, J-F., 'Direct Participation in Hostilities in International Humanitarian Law', International Humanitarian Law Research Initiative on the Reaffirmation and Development of IHL, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2003  
[http://ihl.ihlresearch.org/\\_data/n\\_0002/resources/live/briefing3297.pdf](http://ihl.ihlresearch.org/_data/n_0002/resources/live/briefing3297.pdf)
- Ratner, S., 'Categories of War Crimes' in R. Gutman, *et.al.* (Editors), *Crimes of War: What the Public Should Know*, London, W. W. Norton & Company, 2007
- Ratner, S., 'Rethinking the Geneva Conventions', *Crimes of War Project*, 2003,  
<http://www.crimesofwar.org/expert/genevaConventions/gc-ratner.html>
- Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*,  
<http://buscon.rae.es/draeI/>
- Reinares, F., *Conceptualizando el Terrorismo Internacional*, Real Instituto Alcalano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, 2005  
<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/4306bf004f0186cfbb54ff3170baead1/ARI-82-2005-E.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4306bf004f0186cfbb54ff3170baead1>
- Reisman, W.M., 'Assessing Claims to Revise the Laws of War' (2003) 97(1) *American Journal of International Law*, 82-86
- Remiro Brotons, A., *et.al.*, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1997

Reydams, L., 'La Guerra Comme a la Guerre: Patterns of Armed Conflict, Humanitarian Law Responses and New Challenges' (2006) 88(864) *International Review of the Red Cross*, 729- 756 <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-864-p729.htm>

Roberts, A., 'The Equal Application of the Laws of War: A Principle under Pressure', (2008) 90(872) *International Review of the Red*, 932-962 [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-872-p931/\\$File/irrc-872-Roberts.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-872-p931/$File/irrc-872-Roberts.pdf)

Roberts, A., 'Air Power, Accuracy, and the Law of Targeting: Why no Brave New World?' in R.B. Jacques (Editor), *Issues in International Law & Military Operations, International Law Series*, Vol. 80, Newport, US Naval War College, 2006

Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., 'Introducción', Cuadernos de Estrategia 133, Instituto Español de Estudios Estratégicos, *La Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional*, 2006 <http://www.ieee.es/publicaciones/cuadernos-estrategia/cuadernos/cuaderno-133.html>

Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., 'Terrorist Acts, Armed Conflicts and International Humanitarian Law', in P.A. Fernández-Sánchez (Editor), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts. In Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2005

Rodríguez-Villasante Y Prieto, J.L., 'Delitos contra la Comunidad Internacional', *Seguridad Nacional – Seguridad Internacional, VIII Seminario "Duque de Ahumada/Cla*, Ministerio del Interior, Dirección General de la Guardia Civil I Universidad Nacional de Educación a Distancia, mayo 1996, 55-107

Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., 'Asesinatos Selectivos y Ejecuciones Extrajudiciales en los Conflictos Armados Actuales' <http://www.defensesociale.org/xvcongreso/ponencias/JoseLuisRodriguezVillasante.pdf>

Rogers, A.P.V., 'Una Guerra sin Víctimas' (2000) 834 *International Review of the Red Cross*, 165-181 <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnzd.htm>

Rogers, A.P.V., *Law on the Battlefield*, Manchester, Manchester University Press, 1996

Roling, B.V.A., 'Aspects of the Criminal Responsibility for Violations of the Laws of War' in A. Cassese, *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Naples, Editoriale Scientifica, 1979

Roling, B.V.A., 'The Law of War and National Jurisdiction Since 1945' (1960) 100(2) *Recueil des Cours*, 323-456

Rose, G., 'Updating International Humanitarian Law and the Laws of Armed Conflict for the Wars of the 21<sup>st</sup> Century Defender' (2007) 24(3) *The National Journal of the Australia Defence Association*, 21-23 <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1040&context=lawpapers>

Rosenblad, E., *International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction*, Geneva, Henry Dunan Institute, 1979

Rowe, P., 'Kosovo 1999: The Air Campaign-Has the Provisions of Additional Protocol I Withstood the Test?' (2000) 837 *International Review of the Red Cross*,  
<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqct.htm>

Rueda Fernández, C., 'La Sustitución del Concepto de Crimen Internacional en el Proyecto de Artículos: ¿Solo una Cuestión Terminológica' en Marina Vargas Gómez-Urrutia y Ana Salinas de Frías (Coords.), *Soberanía del Estado y el Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Vol II, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1233-1250

Russell, F., *The Just War in the Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975

Ruys, T., 'Licence to Kill? State-sponsored Assassination under International Law', Working Paper No. 76, Luvain University Institute for International Law, Luvain, 2005  
<https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP76e.pdf>

Sánchez Legido, A., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Valencia, Tirand lo Blanch, 2004

Sandoz, Y., et. al. (Editors), *Comentarios del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949* (en español), <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>

Sandoz, Y., et. al. (Editors), *Commentary on the Additional Protocols of the 8 June 1987 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, ICRC- Martinus Nijhoff Publishers, 1987  
Sandrasagra, M. J., 'Death Penalty: A Hindrance to U.S. War on Terror, Say Rights Groups', *Inter Press Service News Agency*, 9 Jun 2006, <http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=33556>

Sarnoski, S.R., 'The Status under International Law of Civilian Persons Serving with or Accompanying Armed Forces in the Field' (1994) 2 *Army Lawyer*, 29-34,  
[http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/07-1994.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/07-1994.pdf)

Sassoli, M., 'Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law', Occasional Papers Series 6, International Humanitarian Law Research Initiative on the Reaffirmation and Development of IHL, Programme on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, 2006 <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/OccasionalPaper6.pdf>

Sassoli, M., 'Legitimate Targets of Attacks under International Humanitarian Law', Policy Brief, International Humanitarian Law Research Initiative on the Reaffirmation and Development of IHL, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research Policy, 2003  
<http://www.hpcrresearch.org/research/international-humanitarian-law-research-initiative>

Saul, B., 'Branding Enemies: Regional Legal Responses to Terrorism in Asia', Research Paper 08/127, 2 *Asia-Pacific Yearbook of International Humanitarian Law*, Sydney, Sydney Law School Legal Studies, 2008, 1-115 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1292164](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1292164)

Saul, B. 'Definition of "Terrorism" in the UN Security Council: 1985-2004' (2005) 4(1) *Chinese Journal of International Law*, 141-166

Scales, R. 'Adaptive Enemies, Dealing with the Strategic Threat after 2010' (1999) 27(1) *Strategic Review*, 5-14

- Scharf, P., 'Defining Terrorism as the Peacetime Equivalent of War Crimes: Problems and Prospects' (2004) 36(2/3) *Case Western Reserve Journal of International Law*, 359-374
- Schelling, T., *et. al.*, 'Vietnam Reappraised' (1981) (6)(1) *International Security*, 3-26
- Schelling, T.C., *Arms and Influence*, New Heaven, Yale University Press, 1966
- Schindler, D., 'The Significance of the Geneva Conventions for the Contemporary World', (1999) 836 *International Review of the Red Cross*,  
<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq6t.htm>
- Schindler, D., 'The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols' (1979) 163(2) *Rcadi*, 117-164
- Schmitt, M.N., 'Human Shields in International Humanitarian Law' (2009) (47) *Columbia Journal of Transnational Law*, 292-338, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1600258##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1600258##)
- Schmitt, M.N., '21<sup>st</sup> Century Conflict: Can the Law Survive?' (2007) 8(2) *Melbourne Journal of International Law*, 443-476, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2007/24.html>
- Schmitt, M.N., 'Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law' in W. Heintschel von Heinegg & V. Epping (editors), *International Humanitarian Law Facing New Challenges. Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Berlin, Springer, 2007
- Schmitt, M.N., 'Fault Lines in the Law of Attack' in S. Breau, & A. Jachec-Neale (Editors), *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, 277-307
- Schmitt, M.N., 'Humanitarian Law and Direct Participation in the Hostilities by Private Contractors or Civilian Employers' (2005) 5 *Chicago Journal of International Law*, 511-546,  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1610014](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1610014)
- Schmitt, M.N., 'Precision Attack and International Humanitarian Law' (2005) 87(835) *International Review of the Red Cross*, 445-566 [http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc\\_859\\_schmitt.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_859_schmitt.pdf)
- Schmitt, N. M., 'Direct Participation in the Hostilities and 21st Century Armed Conflict' in H. Fischer et al (Editors), *Crisis Management and Humanitarian Protection*, Berlin, BWV, 2004, 505-529,  
[http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/schmitt\\_direct\\_participation\\_in\\_hostilities.pdf](http://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/schmitt_direct_participation_in_hostilities.pdf)
- Schmitt, N.M., 'Rethinking the Geneva Conventions', *Crimes of War Project*, 2003,  
<http://www.crimesofwar.org/expert/genevaConventions/gc-schmitt.html>
- Schmitt, M.N., 'Book Review: Law on the Battlefield' (1998) 8 *USAFA Journal of Legal Studies*, 255-280
- Schmitt, M.N., 'Aerial Blockades in Historical, Legal and Practical Perspective', *USAFA* (1991) 2 *Journal of Legal Studies*, 21-86 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1600662](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1600662)

Schoenekase, D.P., 'Targeting Decisions Regarding Human Shields', (2004) *Military Review*, 26-31 <http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/milreview/schoenekase.pdf>

Schröfl, J., 'Las Guerras Asimétricas: Frente Invisible' *Agendas*, 87-90  
<http://www.fundacionpreciado.org.mx/biencomun/bc154/Schroefl.pdf>

Sequist, L., 'Community War', (2000) 128(8) *Proceedings*  
[http://www.dnipo.org/fcs/sequist\\_community\\_war.htm](http://www.dnipo.org/fcs/sequist_community_war.htm)

Shaffer, R., *Wings of Judgement: American Bombing in World War II*, New York, Oxford University Press, 1985

Shaw, M., *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005

Shaw, M., 'The Development of a Common-Risk Society: A Theoretical Overview' in J. Kuhlmann & J. Callaghan (Editors), *Military and the Society in the 21st Century Europe*, Hamburg, Lit, 1995, 13-26, <http://www.sussex.ac.uk/Users/hafa3/crksocs.htm>

Skelton, I., 'Lecciones para Conflictos Asimétricos', (2002) (2) *Military Review*, Edición Hispanoamericana, 1-9

Skelton, I., 'America's Frontier Wars: Lessons for Asymmetric Conflicts' (2001) 81 *Military Review*, 22-28,  
[http://usacac.army.mil/CAC2/MilitaryReview/Archives/English/MilitaryReview\\_2008IAR0630\\_art004.pdf](http://usacac.army.mil/CAC2/MilitaryReview/Archives/English/MilitaryReview_2008IAR0630_art004.pdf)

Smith, D., 'Trends and Causes of Armed Conflicts en Research Center for Constructive Conflict Transformation, *Berghof Handbook for Conflict Transformation*, Berlin, Berghof Centre for Constructive Conflict Management, 2001, [http://www.berghof-handbook.net/documents/publications/smith\\_handbook.pdf](http://www.berghof-handbook.net/documents/publications/smith_handbook.pdf)

Smith, R., *The Utility of Force: The Art of War in the Modern World*, New York, Alfred A. Knopf, 2007

Sofaer, A.D., 'The Rationale for the United States Decision Not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims' (1988) 82(4) *American Journal of International Law*, 784-

Solf, W.A., 'Article 52' in Bothe, M., *et. al.*, *New Rules of Victims of Armed Conflict*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1982

Solís, G., 'Targeted Killings and the Law of Armed Conflict' (2007) 69(2) *Naval Law College Review*, 128-146

Spaight, J.M., *Air Power and Air Rights*, London, Longmans, 1947  
<https://www.usnwc.edu/getattachment/764f1498-9f87-406c-b8e5-0068336aa9ed/Targeted-Killing-and-the-Law-of-Armed-Conflict---S>



Starčević, M., 'The Violations of the Principle of Proportionality in Applying Force in NATO Air Raids on Yugoslavia' (2000) 1(4) *Law and Politics*, 541-544  
<http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2000/lap2000-13.pdf>

Steiner, S., 'Protección Penal Internacional de las Víctimas de la Guerra: Los Crímenes de Guerra en el Estatuto de Roma' en J.L. Rodríguez-Villasante y Prieto (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario Ante los Retos de los Conflictos Armados Actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2006

Stern, B., 'A Propos de la Competence Universelle (On Universal Jurisdiction)' in E. Yakpo & T. Boumedra (Editors), *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, La Haye, Kluwe, 1999

Stewart, J., 'Hacia una Definición Única de Conflicto Armado en el Derecho Internacional Humanitario. Una Crítica de los Conflictos Armados Internacionales' (2003) 850 *International Review of the Red Cross*, <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5W3JUY>

Strange, S., 'Cave! Hic Dragons: A Critique of Regime Analysis' (1982) 36(2) *International Organization*, 479-496

Supreme Court of the United States, Ex parte Quirin,  
[http://www.supremecourt.gov/search.aspx?Search=EX+PARTE+QUIRIN,+317+U.S.+1+\(1942\)+317+U.S.+1+8%207+L.Ed.+7++&type=Site](http://www.supremecourt.gov/search.aspx?Search=EX+PARTE+QUIRIN,+317+U.S.+1+(1942)+317+U.S.+1+8%207+L.Ed.+7++&type=Site)

Sykes, J.B. (Editor), *The Pocket Oxford Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

Tanter, R., *Rogue Regimes: Terrorism and Proliferation*, New York, St. Martin's Griffin, 1999

*The New York Times*, 'The Economics: Attacks May Cost 1.8 Million Jobs', New York, 13 January 2002 <http://www.nytimes.com/2002/01/13/us/a-nation-challenged-the-economics-attacks-may-cost-us-1.8-million-jobs.html>

Thomas, C., *New States, Sovereignty and Intervention*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1985

Thornton, R., *Asymmetric Warfare: Threat and Response in the Twenty-First Century*, Cambridge, Polity Press, 2007

Tilly, C., *La Formazione degli Stati Nazionali nell'Europa Occidentale*, Boloña, Il Mulino, 1984

Tribunal Constitucional de España, Sentencia STC No. 237/2005, referente al caso de genocidio en Guatemala, 26 de septiembre de 2005,  
<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8691>

Tucker, J.B., 'Asymmetric Warfare', Forum for Applied Research and Public Policy, Tennessee, University of Knoxville, 1999 <http://forum.ra.utk.edu/>

Unión Europea, Posición Común 2009/67/PESC del Consejo de 26 de enero de 2009, sobre la Implementación de Medidas Específicas de Lucha contra el Terrorismo, Diario Oficial de la Unión Europea, <http://eurlex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2009:023:SOM:ES:HTML>

United Nations High Commissioner for Human Rights, 'Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism', Fact Sheet No. 32, July 2008,  
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32EN.pdf>

United Nations, 'Report of the Ad Hoc Committee established by General Assembly Resolution 51/210 of 17 December 1996', measures to Eliminate International Terrorism, Eighth session, 28 June-2 July 2004, <http://www.un.org/law/terrorism/index.html>

United Nations, 'Report to the Security Council on the Protection of Civilians in Armed Conflicts, Doc. S\_2001-331, 30 March 2001, <http://www.un.org>.

United Nations, 'Secretary-General's Statement to the Security Council on the Situation in the Middle East', 1 March 2008, <http://www.un.org/apps/sg/sgstats.asp?nid=3026>

United Nations Security Council, Presidential Statement, S/PRST/2010/25 Protection of Civilians in Armed Conflict, 22 November 2010 [http://www.un.org/Docs/sc/unsc\\_pres\\_statements10.htm](http://www.un.org/Docs/sc/unsc_pres_statements10.htm)

United States Court of Appeals for the Second Circuit, USA v R. Ahmed Yousef, 4 April 2003, <http://www.uniset.ca/other/cs5/327F3d56.html>

United States Department of Defense, Kosovo/Operation Allied Force after Action Report: Report to the Congress (Joint Chiefs of Staff 31 January 2000)  
<http://webharvest.gov/peth04/20041027022740/www.defenselink.mil/pubs/kaar02072000.pdf>

United States Department of Defense, Final Report to the Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, April 1992, <http://www.ndu.edu/library/epubs/cpgw.pdf>

United States Department of State, 'Foreign Terrorist Organizations', Fact Sheet, Washington, D.C., Office of the Coordinator for Counterterrorism, 8 April 2008,  
<http://merln.ndu.edu/archivepdf/terrorism/state/103392.pdf>

United States Government, The U.S. Strategic Bombing Survey: The Effects of Atomic Bombs on Hiroshima and Nagasaki, Summary Report of the Pacific War, Washington, D.C, 1 July 1946,  
<http://www.anesi.com/ussbs01.htm>

Supreme Court of The United States, Hammsfeld v. Rumsfeld, Secretary of Defense, *et. al.*, The United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 05-184. Argued 28 March 2006-29 Decided June 2006, <http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>

Uppsala University Department of Peace and Conflict Research, Uppsala Conflict Data Programme, 'Definitions', 2012, <http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/definitions/#i>

United Kingdom Glossary of Joint and Multinational Terms and Definitions, 'Joint Doctrine Publication 0-01.1 (JDP 0-01.1)', A-28, June 2006 available at  
<http://mod.uk/DefenceInternet/MicroSite/DCDC/>

- Van Baarda, Th. A., 'Ethics, Command Responsibility and Dilemmas in Military Operations' in Th.A. Van Baarda & D.E.M. Verweij (Editors), *Military Ethics: The Dutch Approach - A Practical Guide*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006
- Van Creveld, M., *The Transformation of War*, New York, Free Press, 1991
- Van Creveld, M., *The Sword and the Olive: A Critical History of the Israeli Defense Force*, New York, Public Affairs, 1998
- Van Evera, S., *Causes of War: Power and the Roots of Conflict*, Cornell, Cornell University Press, 1999
- Vasquez, J.A., *The War Puzzle*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993
- Vattel, E., *El Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural Aplicados a la Conducta, y a los Negocios de las Naciones de los Soberanos*, Madrid, León Amarita, 1834
- Verri, P.: *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*, Ginebra, CICR, 1992, <http://www.scribd.com/doc/1834262/Diccionario-Derecho-Internacional>
- Vertrynge, J., *Frente al Imperio: Guerra Asimétrica y Guerra Total*, Madrid, Foca, 2007
- Verstrynge, J. & Sánchez, G., 'Frente al Imperio (Guerra Asimétrica y Guerra Total)', VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno, marzo de 2003 [http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso\\_07/area06/GT27/VERSTRYNGE-ROJAS-JorgeySANCHEZ-MEDERO-Gema\(UCM\).pdf](http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso_07/area06/GT27/VERSTRYNGE-ROJAS-JorgeySANCHEZ-MEDERO-Gema(UCM).pdf)
- Von Clausewitz, K., *De la Guerra*, Librodot.com (Editor), 2002, [http://biblioteca.sivec.espe.edu.ec/upload/de\\_la\\_guerra\\_clausewitz.pdf](http://biblioteca.sivec.espe.edu.ec/upload/de_la_guerra_clausewitz.pdf)
- Wall, A. (Editor), *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, International Law Studies, Vol. 8, Newport, Naval War College, 2002 [http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/navy/kosovo\\_legal.pdf](http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/navy/kosovo_legal.pdf)
- Wallenstein, P. & Sollenberg, M., 'Armed Conflict, 1989-1998' (1999) 40(5) *Journal of Peace Research*, 635-649
- Waltzer, M., *Just and Unjust War: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 2000
- Watkin, K.W., 'Assessing Proportionality: Moral Complexity and Legal Rules', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005
- Watkin, K.W., 'Combatants, Unprivileged Belligerents and Conflicts in the 21st Century', International Humanitarian Law Research Initiative on the Reaffirmation and Development of IHL, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, 2003 <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session2.pdf>

Webster, C. & Frankland, N., *The Strategic Air Offensive against Germany 1939-45*, London, H.M.S.O., 1961

*Webster's Online Dictionary*, <http://www.websters-online-dictionary.org/>

Weiss, P., *Terrorism, Counterterrorism and International Law*, The Netherlands, Transnational Institute, 2005 <http://www.tni.org/article/terrorism-counterterrorism-and-international-law>

Werle, G., *Principles of International Criminal Law*, The Hague, T.M.C Asser Press, 2005

Wright, R.G., 'Combating Civilian Casualties: Rules and Balancing in the Developing Law of War' (2003) 38 *Wake Forest Law Review*, 129-165

ICTY, Prosecutor v. Stalinar Galic, IT-98-29-Y (Judgement and Opinion) 5 December 2003, <http://www.icty.org/sid/8148>

Zegveld, L., *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002

